



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

PENA E INDULTO: UNA APROXIMACIÓN HOLÍSTICA

Punishment and pardon: A holistic approach

Tesis doctoral presentada por EVA CARRACEDO CARRASCO para la obtención del grado de *Doctor con mención internacional*.

Dirección académica:

Prof.^a Dra. Dña. SILVINA BACIGALUPO SAGGESE y

Prof. Dr. D. FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ

Madrid

15 de mayo de 2017

«Hay dos loterías nacionales a que se juega con monedas o con crímenes,
logrando dinero o impunidad con el sorteo y el derecho de gracia».

CONCEPCIÓN ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, 1893, p. 27

«Yo acostumbro repetir que en Sudáfrica no habría habido futuro sin perdón. Nuestra furia y
sed de venganza habrían sido nuestra ruina.
Esto es tan cierto para nosotros en particular como para la raza humana en general».

DESMOND TUTU, *El libro del perdón*, 2014, p. 15

ÍNDICE

| | Página |
|--|--------|
| ABREVIATURAS | 10 |
| 1. PRESENTATION OF THE OBJECT OF STUDY. THESIS PROPOSAL | 13 |
| 1.1. Presentation of the object of study | |
| 1.1.1. Context justification of the topic of study. Reform proposals formulated for the regulation of pardon | 13 |
| 1.1.2. The need to assess the justification of the figure of pardon | 28 |
| 1.1.3. Analytical premises on which the thesis sits | 30 |
| 1.2. Thesis proposal under verification | 31 |
| 1. PRESENTACIÓN DEL OBJETO DE TESIS. PROPUESTA DE TESIS | 35 |
| 1.1. Presentación del objeto de estudio | 35 |
| 1.1.1. Justificación contextual del tema de estudio. Propuestas de reforma formuladas a la regulación del indulto | 35 |
| 1.1.2. Sobre la necesidad de valorar la justificación actual de la figura de indulto | 54 |
| 1.1.3. Premisas analíticas sobre las que se asienta la tesis | 56 |
| 1.2. Propuesta de tesis sometida a verificación | 57 |
| 2. DELIMITACIONES CONCEPTUALES | 59 |
| 2.1. Delimitación conceptual autónoma del indulto particular y su regulación | 59 |
| 2.1.1. Aproximación al concepto de indulto | 59 |
| 2.1.2. Propuesta de definición | 64 |
| 2.1.3. Regulación de la figura de indulto | 69 |
| 2.1.4. El indulto: un acto discrecional con efectos sobre la pena | 71 |
| 2.1.5. Naturaleza del indulto: ¿causa de extinción de la responsabilidad penal? | 72 |
| 2.1.6. El indulto general y sus diferencias con el indulto particular | 74 |
| 2.2. El indulto y la amnistía: dos figuras del perdón estatal heterogéneas | 77 |
| 2.2.1. Definición de amnistía y su alcance | 78 |
| 2.2.2. Esencia de la amnistía. Ámbito sustantivo y material | 86 |
| 2.2.2.1. Ámbito material primario: los delitos políticos y conexos | 92 |
| 2.2.2.2. Límites a la figura de la amnistía. ¿Ámbito material negativo? | 98 |
| 2.2.3. Sobre el encaje constitucional actual de la figura de la amnistía | 102 |
| 2.2.4. La amnistía como acto del poder legislativo. Posible configuración legal del derecho del Estado a castigar | 104 |
| 2.2.5. Diferencias entre la amnistía y el indulto particular: constatación de su heterogeneidad | 108 |
| 2.2.6. Diferencias entre la amnistía y el indulto general. La denominada «amnistía impropia» | 110 |
| 2.3. Diferencias entre el indulto particular y el perdón del ofendido: causa de extinción de la responsabilidad vs. causa de exclusión de la responsabilidad penal | 112 |

| | |
|--|------------|
| 3. ORIGEN HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DEL INDULTO | 117 |
| 3.1. La génesis del indulto | 117 |
| 3.2. La raíz divina de la potestad de indultar. La semilla absolutista de la figura | 120 |
| 3.3. La <i>trias política</i> como inicio de cuestionamiento de la institución del indulto en el siglo XVIII | 129 |
| 3.4. El debate histórico-filosófico sobre la figura del indulto desde el siglo XVIII. Posturas de sus defensores y detractores como punto de partida del análisis actual | 132 |
| 3.4.1. Las posiciones críticas de BECCARIA, FILANGIERI, BENTHAM y KANT | 133 |
| 3.4.2. Los postulados aperturistas de FEUERBACH y MITTERMAIER | 141 |
| 3.4.3. Las posiciones favorables a la figura del indulto de ROMAGNOSI, CARRARA y PACHECO | 142 |
| 4. UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DEL INDULTO Y FINALIDADES ASIGNADAS. UNA PROPUESTA SISTEMÁTICA | 147 |
| 4.1. La <i>finalidad racional</i> en el empleo del indulto en un Estado de Derecho | 148 |
| 4.2. Propuesta sistemática de funciones asignadas a la institución del indulto | 157 |
| 4.3. Funciones secundarias | 158 |
| 4.3.1. El indulto en supuestos de pena de muerte y penas crueles y degradantes | 158 |
| 4.3.2. El indulto como instrumento de proporcionalidad | 164 |
| 4.3.2.1. Desproporción entre hecho y pena. Dilaciones indebidas | 192 |
| 4.3.2.1.1. Dilaciones indebidas antes de la sentencia | 194 |
| 4.3.2.1.2. Dilaciones indebidas después de la sentencia | 199 |
| 4.3.2.1.3. Dilaciones indebidas en casos de rehabilitación de drogodependientes | 201 |
| 4.3.2.2. Supuestos de pena natural | 204 |
| 4.3.2.3. Causa de justificación o circunstancia de atenuación no prevista en la legislación | 206 |
| 4.3.2.4. Causa de justificación o circunstancia de atenuación no alegada en plenario por razones de seguridad nacional o personal | 208 |
| 4.3.2.5. La denominada «razón humanitaria» | 210 |
| 4.3.2.6. Existencia de requisitos para aplicar los límites al máximo de cumplimiento efectivo de la condena | 212 |
| 4.3.3. Nueva jurisprudencia favorable al condenado en supuestos ya sentenciados con carácter firme | 213 |
| 4.3.4. Reparación de errores del legislador y prueba anticipada de modificaciones legislativas. El indulto como instrumento de política criminal | 217 |
| 4.3.5. Reparación de errores judiciales | 223 |
| 4.3.6. Mecanismo logístico ante sobrepoblación carcelaria | 229 |

| | |
|--|-----|
| 4.4. Funciones primarias | 236 |
| 4.4.1. El indulto como mecanismo esperanzador, incentivo y recompensa. Análisis de actuaciones postdelictivas, conductas meritorias o virtuosas y Derecho premial | 237 |
| 4.4.2. El indulto como mecanismo de distribución de las consecuencias del hecho delictivo entre autor y sociedad | 262 |
| 4.4.3. El indulto concedido por eventos <i>extraños al hecho</i> o acontecimientos faustos | 265 |
| 4.4.4. El indulto como indicador de defectos intrasistémicos | 275 |
| 4.4.5. El indulto como instrumento de necesario control, de contrapeso, como mecanismo de equilibrio entre poderes | 277 |
| 4.4.6. El indulto por razones políticas | 280 |
| 4.4.6.1. El indulto por razones militares | 281 |
| 4.4.6.2. El indulto otorgado por razones electorales y de cercanía | 283 |
| 4.4.6.3. El indulto otorgado por fines políticos en sentido estricto | 291 |
| 4.4.6.3.1. La utilización de la figura del indulto para alcanzar fines de política exterior | 293 |
| 4.4.6.3.2. La utilización de la figura del indulto para alcanzar fines de política interior | 295 |
| 4.4.6.3.2.1. Escenarios políticos intraestatales en los que la utilización de la figura del indulto no persigue alcanzar la paz social y la concordia | 295 |
| 4.4.6.3.2.2. El indulto como instrumento utilitario para alcanzar la paz social y la concordia | 299 |
| 4.5. Conclusiones sobre las funciones asignadas al indulto | 319 |
| | |
| 5. INDULTO Y TEORÍAS DE LA PENA | 331 |
| | |
| 5.1. Teorías de la pena y tesis de la investigación | 331 |
| | |
| 5.2. Teorías absolutas e indulto | 333 |
| 5.2.1. Teorías de la expiación | 333 |
| 5.2.2. Teorías de la retribución a través del castigo merecido | 334 |
| 5.2.3. ¿Indulto en el seno de las teorías absolutas? | 338 |
| 5.2.3.1. Los ámbitos de aplicación del indulto identificados por KANT y HEGEL | 338 |
| 5.2.3.2. El recurso al indulto en escenarios de normalidad | 341 |
| 5.2.3.3. El recurso al indulto en escenarios excepcionales | 350 |
| 5.2.4. Conclusiones y contraste de premisas de partida | 351 |
| | |
| 5.3. Teorías relativas o preventivas e indulto | 358 |
| 5.3.1. Teorías de la prevención general | 358 |
| 5.3.1.1. Teorías de la prevención general negativa | 359 |
| 5.3.1.1.1. ¿Indulto en el seno de las teorías de la prevención general negativa? | 363 |
| 5.3.1.1.1.1. El argumento de la inocuidad para el efecto disuasorio ante sentencias injustas | 363 |
| 5.3.1.1.1.2. Los ámbitos de aplicación del indulto identificados por FEUERBACH y MITTERMAIER | 364 |
| 5.3.1.1.2. Conclusiones y contraste de premisas de partida | 366 |

| | |
|---|-----|
| 5.3.1.2. Teorías de la prevención general positiva | 368 |
| 5.3.1.2.1. ¿Indulto en el seno de las teorías de la prevención general positiva? | 374 |
| 5.3.1.2.1.1. Argumentos cualitativos en el seno de las teorías de la prevención general positiva | 374 |
| 5.3.1.2.1.2. Los ámbitos de aplicación del indulto identificados por JAKOBS | 375 |
| 5.3.1.2.1.3. Teorías sobre la innecesariedad de ejecución del castigo y sobre la equivalencia funcional de las instituciones del perdón | 377 |
| 5.3.1.2.1.4. El indulto como instrumento positivo de legitimación del sistema penal: las construcciones teóricas de DIMOULIS | 388 |
| 5.3.1.2.2. Conclusiones y contraste de premisas de partida | 391 |
| 5.3.2. Teorías de la prevención especial | 393 |
| 5.3.2.1. Indulto en el seno de las teorías de prevención especial | 399 |
| 5.3.2.1.1. Una introducción: Los ámbitos de aplicación del indulto identificados por VON LISZT, MERKEL y FERRI | 399 |
| 5.3.2.1.2. Teorías de prevención especial negativa | 409 |
| 5.3.2.1.3. Teorías de prevención especial positiva | 410 |
| 5.3.2.2. Conclusiones y contraste de premisas de partida | 414 |
| | |
| 6. ÁMBITOS DE TENSION DE LA FIGURA DEL INDULTO EN UN ESTADO DE DERECHO. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL | 421 |
| | |
| 6.1. El indulto como excepción al principio de separación o división de poderes y al principio de cosa juzgada | 425 |
| 6.1.1. El indulto como excepción al principio de separación o división de poderes | 425 |
| 6.1.2. El indulto como excepción al principio de cosa juzgada | 429 |
| 6.2. El indulto como excepción al principio de seguridad jurídica y al principio de legalidad de los delitos y de las penas | 429 |
| 6.2.1. El indulto como excepción al principio de seguridad jurídica | 429 |
| 6.2.2. El indulto como excepción al principio de legalidad de los delitos y de las penas | 431 |
| 6.3. El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos | 432 |
| 6.3.1. Indulto y arbitrariedad | 432 |
| 6.3.2. Decisiones arbitrarias y Estado de Derecho. Dificultades de constatación práctica y ejes de discusión | 433 |
| 6.3.2.1. Naturaleza de la decisión sobre el indulto | 437 |
| 6.3.2.2. Motivación de la decisión de indulto | 438 |
| 6.3.2.2.1. La motivación de la denegación de indulto | 442 |
| 6.3.2.2.2. Reflexiones finales sobre la motivación de las decisiones de indulto | 443 |
| 6.3.2.3. Control de las decisiones de indulto | 444 |
| 6.4. La eventual vulneración del principio de igualdad en las decisiones de indulto | 451 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 6.5. | El indulto como excepción del Estado de Derecho | 456 |
| 6.6. | Conclusiones sobre las fricciones generadas por la figura del indulto | 460 |
| 6.6.1. | Las propuestas sugeridas en relación con el principio de separación o división de poderes y de cosa juzgada | 460 |
| 6.6.2. | El imposible acomodo del indulto en relación con el principio de seguridad jurídica y de legalidad de los delitos y de las penas | 465 |
| 6.6.3. | Las propuestas sugeridas en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad | 465 |
| 6.6.4. | El imposible acomodo del indulto en relación con el principio de igualdad | 467 |
| 6.6.5. | La consideración excepcional del indulto en relación con el Estado de Derecho | 467 |
| 6.6.6. | Conclusiones finales y propuesta | 468 |
| 7. | CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. EL INDULTO EN EL ESTADO DE DERECHO ACTUAL Y COMPATIBILIDAD CON UN DERECHO PENAL MODERNO | 481 |
| 7. | CONCLUSIONS AND PROPOSALS. THE INSTITUTION OF PARDON IN THE CURRENT RULE OF LAW AND COMPATIBILITY WITH A MODERN CRIMINAL LAW | 493 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 505 |
| | Resoluciones, informes y estudios | 541 |
| | Material audiovisual | 543 |
| | ANEXO | 545 |
| | Referencias jurisprudenciales | |
| | Resoluciones nacionales | 545 |
| | Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal de Conflictos de Jurisdicción | 545 |
| | Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Audiencia Nacional | 553 |
| | Resoluciones internacionales | 554 |
| | Resoluciones dictadas por organismos de otros países | 554 |
| | Resoluciones dictadas por tribunales internacionales | 555 |
| | Reuniones y entrevistas mantenidas | 557 |
| | Cuadros | 558 |
| | Texto consolidado de la Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto | 559 |

ABREVIATURAS

| | |
|----------------|--|
| art./arts. | Artículo(s) |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional |
| BVerfGE | Bundesverfassungsgerichtentscheidung (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán) |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| BOCG | Boletín Oficial de las Cortes Generales |
| CADH | Convención Americana sobre Derechos Humanos |
| cap. | Capítulo |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| cfr./cf. | Confróntese / compare (en versión en inglés) |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| CIDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| Coed. | Coeditor |
| Codir. | Codirector |
| Coord./Coords. | Coordinador(es) |
| CP | Código Penal |
| Dir./Dir. | Director(es) |
| Ed./Eds. | Editor(es) o Editor(s) en versión en inglés |
| ff. | and the following pages (en versión en inglés) |
| <i>ibid.</i> | <i>ibidem</i> , en el mismo lugar |
| JGG | Jugendgerichtsgesetz (Ley alemana de Tribunal de Menores) |
| LECrim | Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LGT | Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria |
| LI | Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto |
| LJCA | Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa |
| LO | Ley Orgánica |
| LOGP | Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria |

| | |
|-------------|---|
| LOPJ | Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial |
| LORRPM | Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores |
| LOTC | Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional |
| LPACAP | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas |
| LRJPAC | Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común |
| núm. / num. | número / number (en versión en inglés) |
| p./pp. | página(s) / page(s) (en versión en inglés) |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución de 16 de diciembre de 1966 |
| RD | Real Decreto |
| reed. | Reedición / reedition (en versión en inglés) |
| reimpr. | Reimpresión |
| RP | Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial de |
| SC | Spanish Constitution |
| ss. | siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| StGB | Strafgesetzbuch (Código Penal alemán) |
| StPO | Strafprozessordnung (Código de Procedimiento Penal alemán) |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| StVollzG | Strafvollzugsgesetz (Ley de ejecución de la pena) |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TS | Tribunal Supremo |
| vid. | véase |
| vol. | volumen |
| vs. | <i>versus</i> |

[1] Presentation of the object of study

Thesis proposal

1.1. Presentation of the object of study

1.1.1. Context justification of the topic of study. Reform proposals formulated for the regulation of pardon

The genesis of the pardon figure goes back to the origin of social structures which have documentary evidence¹, characterizing it as an institution as established as society itself² and as remote as crime³.

¹ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 25-26; same author, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», in ARAGÓN REYES/JIMÉNEZ CAMPO/SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 1, Congreso de los Diputados et al., Madrid, 2002, p. 897; same author, «Derecho de gracia», in ARAGÓN REYES (Ed.)/AGUADO RENEDO (Coed.), *Organización general y territorial del Estado, tomo II, Temas básicos de Derecho constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 58; BRAVO, *La gracia de indulto*, E. T. Pedro Núñez, Madrid, 1889, p. 12, notes that the institution of pardon is as old as justice: «*La idea del castigo nació al propio tiempo que la del perdón*»; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto desde el plano constitucional», in *Diario* num. 6347, October 26, 2005, p. 1; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, pp. 4, 15.

² BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht, Handbuch*, C.H.Beck, Munich, 2012, p. 1; FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos graciabiles: naturaleza jurídica del acto de otorgamiento del indulto», in *Revista española de la función consultiva*, num. 24, July-December 2015, p. 195; KEATING, «Executive clemency: an ancient power and a modern solution», in *Public Interest Law Reporter*, vol. 8, num. 1, winter 2003, p. 12; KOBIL, «The quality of mercy strained: wresting the pardoning power from the King», in *Texas Law Review*, num. 569, February 1991, pp. 575, 583-585, 638, identifies it with a living fossil (p. 575) and with an antique relic (p. 638); FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas», in *El Mundo*, February 13, 2013, assimilates it with a fossil too; MORISON, «The Politics of Grace: On the Moral Justification of Executive Clemency», in *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 9, April 2005, p. 1; SEBBA, «Clemency in Perspective», in LANDAU/SEBBA (Eds.), *Criminology in perspective, Essays in Honor of Israel Drapkin*, Lexington Books, 1977, pp. 221, 223.

Although JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, Seix Barral, Barcelona, 1999, pp. 7, 153-160, doubts that the pure pardon has ever been granted: «*es, desde este punto de vista, un acontecimiento que nunca ha advenido en la historia*» (p. 7). Following the dictates of JANKÉLÉVITCH, RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, translated by NEIRA CALVO, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2004, pp. 608-609, 620, about the inability of the people to forgive.

It is argued that its existence is tied to our coming into being; thereby, in the Book of Genesis in the Bible (2:16, 2: 17, 3:23) it is told that Jehovah, after commanding the first man not to eat from the tree of the knowledge of good and evil (because if not he would die), commuted death penalty to expulsion from paradise. It is expressly mentioned by CAMPO MORENO to support the bill of reform of the Law passed in June 18, 1870, with rules for the exercise of the grace of pardon, submitted in August 1, 2016 by the Socialist Parliamentary Group (BOCG, plenary and permanent deputation, num. 29, plenary sitting num. 27, February 14, 2017, p. 7); VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, Ed. Herder, Barcelona, 2010, pp. 15-19, remembering Cain and Abel.

³ BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», in *Revista de Estudios Penitenciarios*, June 1948, p. 20; CADALSO, *La libertad condicional, el indulto y la amnistía con un apéndice relativo a la condena condicional*, Jesús López Publisher, Madrid, 1921, p. 195; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013», in *Revista Vasca de Administración Pública*, May-December 2014, special num. 99-100, p. 2901.

This explains why, throughout the historical course of the discussion on the need for criminal punishment and the correlative legitimation of punishment, this debate has been replicated about its forgiveness and the elements which could justify it⁴.

In spite of its antiquity, pardon has remained until today as a resilient institution⁵ with full force⁶, overcoming the anachronistic reproach⁷, which is why has been denominated a sort of «universal agreement»⁸. It is a historical institution whose use, with limited exceptions tied to the French revolution at the end of the 18th century, has been shared by all countries and has coexisted in all regimes, without exception⁹.

⁴ MOORE, K. D., *Pardons, Justice, Mercy, and the Public Interest*, Oxford University Press, New York, 1989, pp. 9, 15, 86.

⁵ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, Tucur, Madrid, 1976, p. 15; NOVAK, *Comparative executive clemency, The constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, Routledge, Abingdon-New York, 2016, p. 7; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», p. 377.

⁶ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 30-33; HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», in *Revista de Derecho UNED*, num. 10, 2012, pp. 687-693.

⁷ BROWN, «The quality of mercy», in *UCLA Law Review*, vol. 40, 1992-1993, pp. 327, 337; SEBBA, «Clemency in Perspective», p. 222.

Against this overcoming: BUENDÍA CÁNOVAS, «La necesaria derogación de la institución del indulto», in *Diario La Ley*, num. 8379, September 17, 2014, pp. 1-2 holds that: «*es una institución anacrónica y antidemocrática, residuo de un pasado absolutista que sorprendentemente subsiste en nuestros días sin haber efectuado adaptación alguna a los principios y valores constitucionales*» (p. 1); LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso», lukewarmer: «*El indulto (...) es un residuo histórico de un régimen de unidad de poder, que se inserta en el Estado democrático de división de poderes*»; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 108, September-December 2016, p. 54. Also critical DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión. Razones y propuesta para una modificación legislativa», in *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, num. 43, 2014, p. 40; ORTEGO PÉREZ, «El indulto controversias de su ejercicio y necesidad de reforma», in *Iuris*, num. 187, March 1, 2013, pp. 12-13.

⁸ PICOT, «Rapport sur le droit de grâce dans ses rapports avec la science pénitentiaire», in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, in *Séance de la Société générale des prisons du 28 juin 1899*, vol. 23, num. 7, July-August 1899, p. 917; AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 898, 902; DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 81, num. 3, 1998, p. 359; GARCÍA VALDÉS, «Sobre los indultos», in *Cuarto Poder*, March 6, 2013; MÜLLER-DIETZ, «Recht und Gnade», in *Deutsche Richterzeitung*, 1987, p. 474; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», in ESPUNY I TOMÁS/PAZ TORRES/YSÀS SOLARES (Eds.), *30 años de la Ley de Amnistía (1977-2007)*, Universitat Autònoma de Barcelona-Dykinson, Madrid, 2009, p. 226; NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, num. 5, 2012, pp. 1314, 1316; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, num. 3, July-September 1996, pp. 575-576.

⁹ MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto, Memoria leída en varias sesiones ordinarias de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, celebradas en 1865 y 1866*, E. Martínez García Publisher, Madrid, 1874, pp. 3-4; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Giuffrè, Milan, 1974, p. 1.

Cf. SEBBA, «The pardoning power – A world survey», in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 68, num. 1, 1997, pp. 84-110, pointed out, in his comparative law study carried out in the '70s, the absence of any such record in China. However, the current art. 80 of the Constitution of that People's Republic explicitly recognises the power of forgiveness among the presidential competencies.

Nowadays, Guatemala constitutes an exception. Its Constitution refers exclusively to the power to rule amnesties and on June 1, 2000, the Congress passed the Decree 32-2000 and, consequently, the President lost his power to grant pardons. Therefore, it can be concluded that there is a current legal void in Guatemala with regard to the figure of pardon.

The fact that it is such a primitive institution, does not prevent, however, that while these lines are being written, a frantic debate about its legitimation and its place in a State of Law, making it a pressing issue¹⁰.

The catalysts of the present questioning focus on the analysis around three dichotomies interrelated to each other: the discretionality vs. arbitrariness of the decisions of granting and denial of pardon¹¹; the potential control vs. the intangibility of such decisions¹²; and use vs. the abuse that is dispensed to the figure¹³.

The controversy generated in Spain regarding the granting of certain pardons, not restricted to the academic field¹⁴, contributed to accelerate the reach of the point (of inflection or rupture)¹⁵, in which we find ourselves. This question has not been limited to the scope of our national legal system¹⁶. In Germany, the discussion started in 1990 regarding the possible granting of pardons to terrorists from the Red Army Fraction group¹⁷ opened a debate still in force in the Teutonic country. In the United States of America controversial decisions such as that adopted by former President Bill Clinton on January 20, 2001 provoked the reaction of the Academy¹⁸ and encouraged the formulation of proposals for reform and even abolition of the figure¹⁹.

¹⁰ GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 22, expressed this in 2004; same author, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», in AGUIAR DE LUQUE et al. (organising committee) *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 612; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy: Econometrical Analysis of Pardons in Spain», in *Hacienda pública española*, num. 216, 2016, pp. 81-82.

¹¹ URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2900.

¹² AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 907, considers it as the cornerstone, assuming a constitutional approach; same author, «Derecho de gracia», p. 63.

¹³ BARNETT, «The grounds of pardon», in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 17, num. 4, February 1927, p. 490: «*there is probably no public function that has been more abused*»; NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 1.

¹⁴ DE CÓZAR PALMA/CEBERIO BELAZA, «Los políticos sí tienen perdón».

¹⁵ LÓPEZ AGUILAR in VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 45.

Compatible with the justifying framework of the punctuated equilibrium theory upheld by BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono, Los indultos en el marco de la política penitenciaria en España: 1982-2014*, Libros.com, Jaén, 2016, pp. 61-125, 160, 189-191 (specially, pp. 66-72).

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, in an interview held on December 16, 2014, with BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 292, calls the current situation as unreasonable, related to the questioning of politics as category. The same interpretation, BRAVO RIVERA, in an interview given on February 5, 2015 to BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 324, 330.

¹⁶ DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», p. 355.

¹⁷ CANO PAÑOS, «¿Clemencia o justicia? Sobre las reticencias existentes en Alemania a la hora de poner en libertad a los últimos terroristas de la RAF», in *Indret*, num. 2, April 2007, pp. 1-23, published before the denial of pardon to C.K.; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive, Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 469-471; KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», in SCHMIDT, K. (Ed.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 57; SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1991, book num. 2, pp. 101, 102, 104; ZIMMERMANN, *Verdienst und Vergeltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 1.

¹⁸ BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», in *New York University Law Review*, vol. 90, June 2015, pp. 823, 828; BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency: The Cost of Ignoring Clemency and a Plan for Renewal», in *The University of Chicago Law Review*, vol. 82, num. 1, winter 2015, pp. 6 footnote 21, 9, 13; KOBIL, «Should Clemency Decisions be Subject to a Reasons Requirement?», in *Federal Sentencing Reporter*, vol. 13, num. 3-4, 2000-2001, pp. 150, 152; same author, «Should Mercy Have a Place in

Out of countless controversial examples that the practice of the institution in our country during the last few years provides, we can mention, while not exhaustive, the following decalogue of pardons granted²⁰:

(i) Royal Decrees 1667/1995, October 13 (BOE num. 264, November 4, 1995) and 82/2011, January 21 (BOE num. 41, February 17, 2011), which granted pardon twice –due to the repetition of the trial– to JHC, former president of Cantabria, after being convicted of embezzlement of public funds and prevarication.

(ii) Royal Decree 2263/1998, October 16 (BOE num. 273, November 14, 1998), which granted pardon to GASM, brother of the then Minister of Development. The sentence of imprisonment imposed for a continuing offence of forgery of a commercial document was commuted to a fine.

(iii) Royal Decrees 2838 and 2846/1998, December 23 (BOE num. 19, January 11, 1999) through which JBP and RVF-H were pardoned. They were former Minister for Internal Affairs and Secretary of State for Security, respectively. They were convicted only 5 months earlier –on July 29, 1998– of embezzlement of public funds and kidnapping.

(iv) Royal Decree 2392/2000, December 1 (BOE num. 305, December 21, 2000) which granted pardon to FJGLB, after its conviction for a continuing offence of prevarication, pardoning «*the sentence of special disqualification, with all its consequences, resulting the readmission into the judicial career, but upholding, however, the inability to serve in the National Court (Audiencia Nacional) or in any Court of it, for a period of twenty-five years since this Royal Decree is published*»²¹. The grant of that pardon provoked the ruling of the

Clemency Decisions?», in SARAT/HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, Stanford University Press, California, 2007, pp. 47, 54; LARDNER, «The role of the press in the clemency process», in *Capital University Law Review*, num. 31, 2003, pp. 182-183; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», in *Federal Sentencing Reporter*, vol. 13, num. 3-4, 2000-2001, pp. 125, 127-130; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», pp. 820-823; SARAT, *Mercy on trial: what it means to stop an execution*, Princeton University Press, Princeton-Woodstock, 2007, reed., pp. 33-34; WHITMAN, *Harsh Justice, Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 67, 183-184.

¹⁹ MORISON, «The politics of grace», pp. 2-3.

²⁰ The well-known case of the double pardon granted to the mossos d'esquadra is extensively assessed in section 4.4.6.2. *The pardon granted for electoral reasons or closeness*, to which I refer.

A compilation of the most controversial pardons granted since 1996 until now, in «Indultos destacados», reported by El indultómetro, project of the Fundación Civio (<http://www.elindultometro.es/famosos.html>, accessed on April 16, 2017). See also, CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», in *Revista Jurídica de Cataluña*, num. 1, 2014, vol. 113, p. 59.

²¹ AGUADO RENEDO, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: El caso “Gómez de Liaño”», in *Revista española de Derecho constitucional*, year num. 21, num. 63, September-December 2011, p. 280, considers that this case was the first time that a clash occurred between the Government and the Supreme Court (as the court that rendered the judgement); LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso»; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 20-21, 248-253; PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», pp. 58-64; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno: una perspectiva constitucional. (Especial análisis del “caso Liaño”)», in *Revista de Derecho político*, num. 53, 2002, pp. 28-29, 49-66, 67, 68; QUERALT JIMÉNEZ, «El “Caso Liaño”, Indulto no, gracias», in *El País*, March 29, 2000; RUBIO LLORENTE, «Quizás España no vaya tan bien», in *El País*, October 25, 1999.

ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», in FONT GALÁN/LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Eds.), *Estudios jurídicos en conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho, tomo 2*, Universidad de Córdoba, 1991, p. 499, makes us reflect on the tension between the judicial branch and the executive;

Judgment by the Court for resolving conflicts of jurisdiction issued on June 1, 2001²², to resolve the dispute between the Second Chamber of the Supreme Court (and its refusal to readmit the convicted person into the judicial career, after issuing its unfavourable report, arguing that the expulsion decision had been already served *ex art. 4 LI*) and the Ministry of Justice. According to that ruling, it was underlined that the decision about the extent of a pardon, regarding a special disqualification ruled and served, it is up to the Government²³.

(v) Royal Decree 2954/2000, December 1 (BOE num. 2, January 2, 2001), which granted pardon to JMPSM, Mayor of Burgos until June 3, 1992, after his conviction for a continuous crime of prevarication and failure to provide assistance to the authority.

(vi) Royal Decree 1761/2011, November 25 (BOE num. 297, December 10, 2011) which granted pardon to ASA, commuting the punishment as follows: «*[pardon is granted regarding the sentence] of special disqualification from the exercising of the profession or occupation regarding the performance of leading positions, public or private, related to banking entities, credit institutions or financial bodies*» and rendering void «*any other legal consequences or effects deriving from the judgment, including any other impediment to exercise the banking activity*». He was convicted few months earlier –on February 24, 2011–. The Ruling issued by the Supreme Court on February 20, 2013²⁴, declared the partial nullity of the last paragraph of the mentioned Royal Decree, because of the *ultra vires* ruling by the Government, concerning this quote: «*removing any other legal consequences or effects deriving from the judgment, including any other impediment to exercise the banking activity*». The Judgment of February 20, 2013 reminded the Government that it could repeal a Regulation or modify it, but not allow an exception for a specific person²⁵. Not even two months later, the Royal Decree 256/2013, April 12, which regulates the suitability of members of the board of directors and key function holders, was adopted (BOE num. 89, April 13, 2013). The rules of honourability changed [arts. 2. 1. f), 2. 5 and related provisions] and henceforth it is the Bank of Spain who is responsible for controlling it²⁶.

(vii) Royal Decrees 733/2012 and 735/2012, April 20 (BOE num. 120, May 19, 2012), that granted pardon to JRRG and MASG after their conviction for an offence of forgery of an official document, perpetrated by public officials during the performance of their duties.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 1490-1494, about previous records of tensions between judiciary and government.

²² Ruling of the Court for resolving conflicts of jurisdiction of June 1, 2001 (BOE num. 166, July 12, 2001, pp. 25409-25412).

²³ Annotated by SERRERA CONTRERAS, «¿El indulto para todos?», in *Diario La Ley*, num. 7, 2001, pp. 1619-1625.

²⁴ Vid. comment on the judgment by FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, «Indulto. Alcance del derecho de gracia. (Comentario a la STS de 20 de febrero de 2013)», in *CEFLegal*, num. 157, February 2014, pp. 144-146; y DE URBANO CASTRILLO, «El control jurisdiccional sobre la concesión de indultos», in *Revista de Jurisprudencia*, num. 1, June 6, 2013.

²⁵ At the time that the RD 1791/2011, November 25, was ruled, art. 2. 1. F) RD 1245/1995, July 14, was in force, which established as requirement of exercising the banking activity, to have a board of directors composed by persons of recognized commercial and professional honourability. Under paragraph 2 of that Section, it must be understood, that in any case, those who had criminal records (caused by an intentional crime) lacked of honourability.

²⁶ TENA ARREGUI, «No diga indulto, diga impunidad», in *Hay Derecho*, February 12, 2013.

The Royal Decrees forgave the punishment of special disqualification from public functions.

(viii) Royal Decrees num. 413 and 416/2012, February 17 (BOE num. 62, March 13, 2012), by virtue of which the imprisonment punishments imposed to JMSR and VMLA were commuted into a fine. They were the former General Secretary of the Labour Department of Catalonia and a businessman and relative of a member of the Congress, respectively. They were found guilty for the commission of continuous embezzlement of public funds and prevarication.

(ix) Royal Decree num. 595/2013, July 26 (BOE num. 211, September 3, 2013) that granted pardon to MDMS, convicted of embezzlement of public funds offence, reducing the term of imprisonment imposed, to prevent her admission into prison.

(x) Royal Decree num. 863/2013, October 31 (BOE num. 279, October 31) through which MARA was pardoned. This businessman, president of a football club and a well-connected person was condemned as perpetrator for an offence against the territory planning. The issued pardon reduced his sentence, trying to avoid his imprisonment. The Royal Decree was declared void by the Judgment of the Supreme Court ruled on June 8, 2015, because the report issued by the sentencing court, the Provincial Court of Las Palmas, was not requested²⁷.

In the context of the discussion and with the aim of improving the regime of application of the pardon to avoid repeating the adoption of decisions such as those at issue, different proposals for review (limited or integral)²⁸ have arisen to that regulation.

This is because the constitutional configuration of the pardon figure is limited to the provisions, without homogeneity in terms of the terminology used²⁹, in arts. 62. i, 87. 3, 102, 3 SC; whilst the legal regime regulating it dates from 1870.

²⁷ PONS PORTELLA, «La acción popular medioambiental en el control jurisdiccional de la gracia de indulto: el caso del Real Decreto 863/2013», in *Actualidad Jurídica Ambiental*, num. 62, November 2016, pp. 3, 6, 12-25, stresses this shift, regarding the *locus standi* to challenge acts, from the perspective of the *actio popularis* on environmental issues. According to the STS issued on June 8, 2015 and confronting the arguments against the legitimate interest of *Ecologistas en Acción* (for the purpose of art. 19. 1 LJCA), the Law 27/2006, June 18, allowed them to challenge the pardon –not to fight against the meaning of the decision, but to take it in accordance with the law–. The dissenting vote issued by HUERTA GARICANO and CÓRDOBA CASTROVERDE, underscored that the objection is not covered by the scope of the Law 27/2006, June 18 (arts. 18 and 22) and that *Ecologistas en Acción* was not a party within the criminal proceedings.

²⁸ Under a comprehensive approach, VV.AA. *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Grupo de Estudios de Política Criminal-Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 23-32; DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», pp. 40-47; FANECA, «El indulto. Análisis y alternativas bajo el prisma criminológico», in *Criminología y Justicia Refurbished*, September 2016, num. 3, pp. 108-112. Recently, ÁLVAREZ SUÁREZ, «El indulto: líneas de futuro», in *Diario La Ley*, num. 8979, May 15, 2017, pp. 3-4; or DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», pp. 510-511, who collects diverse reactions and proposals to review of the LI, suggested since November 2012.

Accordingly, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», in *Diario La Ley*, num. 8970, Section Tribuna, May 2, 2017, pp. 4-5, stresses the need to issue a new Circular by the State Prosecutor Office, to clarify and unify action guidelines.

VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», conference held on January 25, 2017, in the Faculty of Law of the Universidad Autónoma de Madrid (21:34-23:50) summarized different blocks of amendments – abolitionist and reformist–.

We have to go back to the Provisional Government established between 1868 and 1871, and specifically to the Regency of Serrano y Dominguez, the Presidency of Prim and the time when Montero Ríos occupied the portfolio of the Ministry then called Grace and Justice³⁰, to locate the Provisional Law establishing rules for the exercise of the grace of pardon, of June 18, 1870 (Gaceta de Madrid num. 175, June 24, 1870). This law, with provisional intention³¹ and subject to little modifications, that will be analysed in the investigation³², is the one which still today regulates the institution.

The oldness of this rule and its eventual lack of accommodation in the current context have motivated the presentation of different proposals for updating the pardon regime, which can be classified around five main pillars, which can be combined with each other: **(i)** grantor; **(ii)** how the decision is taken (motivation or externalization of the justification of the decision); **(iii)** concession procedure; **(iv)** material scope that the pardon may comprise; and **(v)** transparency of decisions.

The first group of reformist proposals, which will be discussed later³³, revolves around the problem of the principle of separation or division of powers and the possibility of neutralizing it through the transfer of the power to pardon to another body other than the executive branch.

The second line of action, as I shall explain in dealing with the principle of proscription of the arbitrariness of public authorities³⁴, refers to the need to motivate the decision on pardon to establish a border control between arbitrariness and discretion³⁵. Currently, the LI does not

²⁹ In the three provisions, different wording is used: «derecho de gracia» [art. 62. i. SC], «prerrogativa de gracia» (art. 87. 3 SC) and «prerrogativa real de gracia» (art. 102. 3 SC). GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 60-65, 71, about the lack of a definition of the material elements that, as the case may be, integrate the grace and the lack of a specific provision about pardon, it being understood that, its inclusion results from an implied assumption; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», p. 380, about the lack of clarity as a result of the different terminology; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», in *Revista de las Cortes Generales*, num. 66, 2005, p. 66.

³⁰ Ministry named «de Gracia y Justicia» till April 14, 1931. Cf. HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, doctoral thesis, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2012, pp. 107, footnote 114, 129; MESTRE DELGADO, «Gracia y Justicia (1)», in *Diario La Ley* num. 8147, Section Tribuna, September 12, 2013, pp. 1-2, infers from that a clear demonstration that the pardoning power is deeply rooted in the administration of justice.

³¹ Art. 2 of the Law issued in June 18, 1870 (Gaceta de Madrid num. 172, June 21, 1870), announced that the Government: «Publicará igualmente [además del proyecto de la ley de matrimonio civil] como leyes provisionales los proyectos presentados asimismo a las Cortes: sobre reforma de la casación en lo civil; sobre el establecimiento del recurso de casación en lo criminal y reformas consiguientes en el procedimiento criminal, y sobre el ejercicio de la gracia de indulto, sin perjuicio también de las alteraciones que puedan introducirse en ellas al ser discutidos definitivamente».

³² Vid. section 2.1.3. *Regulation of pardons*.

³³ Vid. section 6.1. *Pardon as an exception to the principle of separation or division of powers and to the principle of res iudicata*.

³⁴ Vid. section 6.3. *Pardon and the principle of proscription of the arbitrariness of public authorities*.

³⁵ GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 24, 94, 246-247: «Sin motivación, esto es, sin justificación o fundamentación de la actuación, no estamos ante un acto discrecional del Gobierno sino, muy probablemente, ante el enmascaramiento de un acto arbitrario, expresamente prohibido por nuestra Norma Fundamental. (...) los motivos en los que se apoye el Gobierno para fundamentar la concesión o denegación de los indultos obligan al mismo a transparentar que su decisión basada en fundamentos de partida no se encuentra viciada por planteamientos contrarios a Derecho» (pp. 246-247). Same author, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la

require the justification of the decisions or the externalization of the reasons which led to its adoption. This absence is what is attempted to be saved through a reform which demands a motivation of each decision of pardon³⁶.

This is intended to reinforce the decision-making process (the motivation, assumes a prior exercise of identification and evaluation of the reasons which lead to adopt it) and control over the option achieved³⁷, and strengthen the legitimacy of the exercise of pardon³⁸. Those who emphasize the need to strengthen the channels of control of decisions, argue in this direction³⁹.

The third block of suggestions, related to proposals around the decision-making process⁴⁰, is aimed at reshaping the process of processing the pardon, given its potential configurational plasticity⁴¹. Within this group of initiatives, the majority intends to reinforce the role assigned to the reports that, according to the LI, are collected during the process of pardon and that, presently, although they are mandatory, have no binding effect⁴².

solicitud de indulto», p. 621. In the same vein, DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», in MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Ed.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho, Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, p. 108; KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», p. 55; MURILLO DE LA CUEVA en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 48; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», pp. 84, 91. Against, BRAVO RIVERA, Assistant Secretary of the Ministry of Justice between December 30, 2011 and October 3, 2014, in interview given on February 5, 2015, to BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 333-335, on the understanding that if the reasons for granting a pardon appear, it would be transform into a corrective authority of the judiciary.

³⁶ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», in SERRANO BUTRAGUEÑO (Ed.), *Ejecución de sentencias civiles y penales*, Instituto de estudios penales Marqués de Beccaria-Eurolex, Madrid, 1994, p. 272; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, end-of-degree project (tutor: JANATO MARTÍN), Universidad de Valladolid, 2016, pp. 56, 58; KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 637; same author, «Should Clemency Decisions be Subject to a Reasons Requirement?», pp. 151-153, cautious, he warns about the potential negative effects of the requirement of a statement of reasons; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 90-92, 220-221; same author, «Pardon for good and sufficient reasons», pp. 281-288; SERRANO MÁLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos? Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20-11-2013», in *Teoría y Realidad Constitucional*, num. 34, 2014, pp. 623-624.

³⁷ KOBIL, «Should Clemency Decisions be Subject to a Reasons Requirement?», pp. 150-153.

³⁸ URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2921, points out that the legitimacy of the title holder by virtue of which the pardoning power is assumed, it is not enough; it is necessary a legitimacy of its exercise, which is provided through the motivation.

³⁹ VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», in *El Mundo*, November 24, 2013, defends the necessity of accepting the proposal issued by the Group of Studies in Criminal Policy (vid. footnote 28): «*la posibilidad de control previo y revisiones jurisdiccionales de la concesión del indulto. Sólo así se cumpliría con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Estas facultades de revisión, que recaerían en la Sala 3ª del Tribunal Supremo, se extenderían exclusivamente sobre cuestiones procedimentales, por lo que no afectaría al carácter discrecional (que no arbitrario) de la concesión*».

⁴⁰ ABEL SOUTO, «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal. Su regulación adaptada a principios constitucionales básicos y al Estado democrático de Derecho», in *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, num. 9, 2013, p. 4.

⁴¹ NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 139-169, studies different ways of pardoning proceedings.

⁴² CADALSO, *La libertad condicional*, p. 218; RODRÍGUEZ-DÍAZ VERGARA in VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 49; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», p. 831.

DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», p. 104, verify that the Government only fulfils the existing formal requirement of requesting the report issued by the

In this respect, three types of suggestions are proposed, which can be cumulative: **(a)** one that prompts the reports to become binding for the concession: a pardon could only be granted if the opinions issued within the report were positive⁴³; **(b)** one which defends the model that can be baptized as key-reports: a pardon could not be granted if one of the reports, for example, that of the sentencing court, was opposed to granting it⁴⁴; and **(c)** reinstate the need for the State Council to give its opinion⁴⁵.

court; the meaning of such report does not make a condition at all. PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 70, support a redefinition of the content of those reports, to introduce elements as the minor or non-material nature offences or its impact on the length of the process.

⁴³ As part of the 57 measures against the corruption included in the Conclusions of the XXIV National Meeting of the Spanish Dean Judges, carried out on December 1-3, 2014, in Valencia, proposal num. 28 and 29 are referred to the pardon system. They try to promote that the grant of pardon only could be possible «*cuando exista informe favorable del tribunal*» (the sentencing court or the Prison Oversight Judge). They also suggest to restrict the rules for suspending the enforcement of the penalty in cases where the pardon is requested.

The Bill submitted by the Popular Coalition Parliamentary Group, trying to reform the Organic Law 9/1984, December 26, promoted, within its scope, the binding effect of the report issued by the State Council, in order to «*de evitar una política de reinserciones indiscriminadas*»: «*se incorpora el dictamen previo – preceptivo y vinculante– del Consejo de Estado, conforme a la tradición legislativa que recogía la Ley de Indultos de 1880, interrumpida en 1939, y que es preciso recobrar en estos supuestos para que el Ejecutivo tenga en cada caso el previo parecer del órgano que nuestra Constitución configura como Supremo Órgano Consultivo*». Therefore, the proposal, which was not approved, required during the proceeding: «*Para la concesión de indultos particulares o de cualquier medida de gracia o reinserción por parte del Gobierno, será preciso: (...) c) Con carácter previo a la concesión por el Gobierno de algún de estas medidas, será preciso el dictamen favorable del Consejo de Estado*».

FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», p. 272.

HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 474-477, quantifies, between 1997 and 2011, that the 96% of the granted pardons were issued taking into account the favourable report of the sentencing court; BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 168-169; ROBLES FERNÁNDEZ, Assistant Secretary of the Ministry of Justice between July 23, 1993 and May 13, 1994, in an interview given on February 5, 2015 to BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 253-254, 256-257, highlighted that, in practice, a pardon is granted only when the reports issued by the sentencing court or the public prosecutor support it; on the other hand, it is refused when both are against it. BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 347.

⁴⁴ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 179-181 suggests *de lege ferenda* to make binding the report of the sentencing court, to establish a negative judicial control. The Government would not be able to grant a pardon if the sentencing court does not support it, but it could be refused even if the court has issued a report in its favour; BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 196-197, introduced a similar measure, within his catalogue of proposals to avoid the abuse that is dispensed to the figure (pp. 194-199). In the same direction, PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 70-72, suggest to request a favourable report by the sentencing court when the punishment is to be pardoned in a length that exceeds more than the half of the conviction or when the main punishment is to be commuted. In this sense, the Conclusions of the XXVI National Meeting of Dean Judges of Spain, organized between October 24-26, 2016, p. 13; and JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», document supplied during a training course for Prosecutors concerning latest developments on the execution of sentences, Centre for Legal Studies, April 4, 2016, p. 22.

Against, MELENDO PARDOS, «Recensión a C. AGUADO, Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia», in *Teoría y realidad constitucional*, num. 10-11, 2002-2003, pp. 781-782, tries to address the proposal to a simple control of the motivation, to avoid a supremacy of the judiciary against the executive branch.

⁴⁵ MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1900, pp. 43-44, about the role of the State Council during the proceeding. As a proposal: VILLARINO MARZO, «El indulto en España», pp. 72, 73, 75, criticises the removal of the report issued by the State Council. In the same way, PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 40, 70, suggest to recover the report of the State Council, when the one issued by the sentencing court is not positive.

Other key measures in this group of reform proposals that are intended to influence the processing of the procedure are also directed to:

(i) limit the initiative of request or proposal of granting⁴⁶ and prevent that the own executive power raises such a proposal⁴⁷;

(ii) to clarify and give more attention to the victim of the offense whose penalty is intended to be pardoned⁴⁸ –without proposing a general return to the requirement of the forgiveness of the victim or his heirs that art. 162 CP 1822 provided for offenses against individuals–⁴⁹;

(iii) to demand the fulfilment of certain prerequisites prior to the processing of the pardon (as was already contained, in the time of Alfonso XIII, article 83 of the Electoral Law of August 8, 1907⁵⁰) and not to leave them to eventual conditions to be imposed. For example, the questionable prerequisite that the convicted person shows repentance⁵¹, served a part of the sentence⁵² or has satisfied the civil liability imposed in the sentence⁵³; or

⁴⁶ In line with art. 223 of the Portuguese Law num. 115/2009, October 12, on the Code of Enforcement of Sentences and Measures.

HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», p. 419.

⁴⁷ DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», pp. 45-46, recommend to limit the initiative of the court which judge (of its own motion or at the request of a party) or the of the Prison Supervision Court ex art. 206 RP. In case of commutation, the decision of the executive power shall be subject to the report issued by the promoter. GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 35; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 71.

⁴⁸ DÍAZ LÓPEZ, «La participación de la víctima en el indulto», in *La Ley Penal*, num. 113, March-April 2015, pp. 2, 4-11; MAGRO SERVET, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», in *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, num. 51, July 2014, pp. 40, 42.

LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2015, pp. 202, 213-215, regarding the emergence of the figure of the victim in the entire criminal justice system, what explains its stronger presence within the pardon record.

⁴⁹ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, fully revised and expanded edition by AGUIRRE/MONTALBÁN, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente, tomo 8, Parte criminal, Libro I: Nociones generales sobre la legislación penal*, I. Boix Printer, Madrid, 1845, p. 278, about the indispensability of the forgiveness of the victim; SEGARRA CRESPO, «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad. Incidentes de paralización y/o aplazamiento. Especial análisis del indulto», document supplied during a training course for Prosecutors concerning latest developments on the execution of sentences, Centre for Legal Studies, March 13, 2014, p. 5.

CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale*, Tipografía Giusti, Lucca, 1867, 2^a ed., p. 426, § 709, noticed that such an argument has roots in the idea of private revenge.

Art. 21 CP 1848 limited the effects of the victim's forgiveness to the civil liability (art. 24 CP 1870 afterwards). In this way, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo II, Imprenta de T. Arraiz, Burgos, 1872, pp. 105-106.

⁵⁰ As provided by the opening words of art. 83 of the Electoral Law dated on August 8, 1907 (*Gaceta de Madrid* num. 222, August 10, 1907): «No se dará curso por el Ministerio de Gracia y Justicia, ni se informará a los Tribunales ni por el Consejo de Estado, solicitud alguna de indulto en causa por delitos electorales, sin que conste previamente que los solicitantes han cumplido, por lo menos, la mitad del tiempo de su condena en las penas personales y satisfecho la totalidad de las pecuniarias y las costas».

⁵¹ TOMÁS Y VALIENTE, «La gracia y la justicia»; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 68-69. In this vein, influencing the opinion of the two last authors, takes position the Report of the Supreme Court (Second Chamber) of June 14, 2000 (special case num. 2940/1997): «Esta Sala, por lo demás, no puede compartir el criterio del Ministerio Fiscal respecto de la no exigibilidad del arrepentimiento como presupuesto de la concesión del indulto. Es evidente que el arrepentimiento es uno de los elementos que se debe considerar desde el punto de vista de la prevención general, puesto que el deterioro

(iv) grant, in general, greater prominence to the judiciary in the processing of the pardon⁵⁴.

The latter group includes those initiatives which seek to restrict the power to initiate proceedings (and eventual subsequent supervision of the granting of the pardon) to the judicial body that has rendered the sentence⁵⁵; or extend it, reinforcing the possibility that the penitentiary watchdog autonomously insists on its concession⁵⁶.

A practical aspect, lastly, which would be highlighted, is the agility of the processing of the procedure to shorten the long periods in which the decision is reached⁵⁷.

As already anticipated, the fourth direction assumed by the reform proposals is based on the material scope in which the pardon can affect, proposing to alter the content of art. 1 LI⁵⁸, according to the exclusion model followed by art. 160 of CP 1822 and assumed by the

de esta función de la pena sería intolerable si se indultara a personas que se niegan a reconocer la vigencia de la norma que han violado conscientemente».

Notwithstanding, SILVA SÁNCHEZ, «De nuevo, el perdón», editorial of Indret, num. 4, October 24, 2011, p. 3: «¿puede requerir el perdón además un acto adicional previo de arrepentimiento? ¿y, con él, una previa petición expresa? Seguramente no haya que llegar tan lejos. Como tampoco cabría probablemente pedir del sujeto pasivo un perdón “puro”, si se entiende por tal únicamente el incondicionado».

⁵² BUSTOS GISBERT in VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 45; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 26, 44.

⁵³ According to arts. 109 ff. y 319. 3 CP, civil liability can also include the demolition of constructions unlawfully executed. Of interest in this regard, RD 863/2013, October 31 –BOE num. 279, November 21, 2013–, that subject the pardon to a condition of demolition.

DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 514; Proposal 87. 2 of the Report «Sociedad Civil contra la Corrupción» coordinated by the Foundation for the Justice, dated on February 16, 2015: «2. Prohibición de indultos en tanto en cuanto (...) no se hayan satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito».

RUIZ MUÑOZ, «Sobre el perdón y unos pañales», in Almacén de Derecho, September 6, 2016, p. 2, stresses, assuming the perspective of competition Law, the restoration as a tangible sign of repentance, considered by the author as a precondition of forgiveness: «no es suficiente con las muestras de pesar o de pesadumbre, esto son formas expresivas de arrepentimiento inauténtico o de mero arrepentimiento, la culpa sólo queda liberada a través de la acción reparadora de los efectos perniciosos. Como nos decía Castilla del Pino, el mero arrepentimiento es la última trampa que el sujeto culpable se tiende y nos tiende para que se le perdone, sin que tenga que hacer de otra manera a como hizo, porque sólo la reparación constituye la auténtica praxis frente a la culpa».

⁵⁴ In line with MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 37, 42.

⁵⁵ ESPINA, «La reforma del indulto», in Diario del Derecho, March 11, 2013; FERRI, *Sociología criminal*, Fratelli Bocca, Turin, 1900, 4ª ed., p. 851; GUIL ROMÁN, report «Capítulo 155. Indultos: la trampilla de la ley», LaSexta Columna, broadcasted on September 9, 2016, (46:30-46:36).

⁵⁶ VIANA BALLESTER, report «Capítulo 155. Indultos: la trampilla de la ley», LaSexta Columna, broadcasted on September 9, 2016, (46:37-46:42).

VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (24:50-30:36) stands for the virtuality of pardon and proposes the following amendments: that only the trial court or the prison oversight judge are entitled to request it; motivation; exclude its use as a tool for criminal policy; subsequent judicial supervision; and transparency.

⁵⁷ Appearance of the Spanish Secretary of State for Justice, LÓPEZ GUERRA, on October 4, 2005, before the Justice Commission (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Justice Commission, num. 386, session num. 21, October 4, 2005, p. 14).

Surprising the conclusion reached by JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy», pp. 81, 95-96, 99; same authors, «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», p. 6, which shows that the higher the fine, faster the grant of pardon.

⁵⁸ SANTOS, M. H., «La discrecional potestad del Gobierno a la hora de conceder indultos», in El País, April 15, 2017, underlines that, according to the existing regime, any conviction can be pardoned (regardless of the committed crime). However, he forgets the restriction provided in art. 102. 3 SC.

exceptional regime of granting parole of art. 90. 3 in fine CP (in relation to crimes against sexual freedom and indemnity). The majority of the proposals concern specific offenses «that could be pardoned» or, rather, offenses «which cannot be pardoned»⁵⁹. These terms are clearly wrong, despite the frequency with which they are used, as the pardon has no effect on the offense, as no reference is made for its granting, but with respect to the penalty of the subject convicted for the commission of a specific criminal offense⁶⁰.

Once this has been caveated, and aware of the unsatisfactory nature of the proposal for those who defend the pardon as a corrective mechanism –it would be indifferent to the underlying offense and, therefore, such a limitation would be meaningless⁶¹– and knowing that the pardon figure relates so much to the image that a particular (or potential) Executive power⁶² wants to convey to public opinion⁶³ as well as the intended development of a particular criminal policy⁶⁴, it should be noted that in recent times there have been few proposals and interventions in this regard⁶⁵.

⁵⁹ BUSTOS GISBERT in VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 45; DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 514; ESPINA, «La reforma del indulto»; PICAZO ESCRIBANO, *La eficiencia y la equidad de la justicia en cifras: La excepcionalidad del indulto*, end-of-degree project, Universidad Carlos III de Madrid, slide 33.

⁶⁰ In the same vein, GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 29.

⁶¹ DOVAL PAIS, «Delitos de corrupción pública: indultos y condenas», in JAREÑO LEAL (Dir.), *Corrupción política. Cuestiones de Política criminal*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 45-46, footnotes 51, 62, warns about the clash that could arise if whole categories of offences are excluded, with the goals assigned to the figure, and concludes: «pero si el indulto es un instrumento que debe mantenerse dada su utilidad para responder adecuadamente a las necesidades de pena en determinados casos extraordinarios, ninguna clase de delito debe quedar sustraída a esta posibilidad, por lo que deben plantearse soluciones menos extremas, como las que proponen el establecimiento de límites que dificulten por otras vías las condiciones arbitrarias»; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 34-36.

⁶² The figure of pardon and the granting of pardon in “corruption” cases were not excluded from the discussions held during the general election campaign of June 26, 2016 (http://www.eldiario.es/politica/indultos-corruptos-dado-Gobierno-Rajoy_0_526348334.html, accessed on June 22, 2016).

⁶³ Vid. *chapter 4.4.6.2. The pardon granted for electoral reasons or closeness*.

⁶⁴ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, in an interview given on March 25, 2015 to BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 316, 318; same author, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, num. 34, 2016, pp. 315, 317, 325; DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO/FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA/VIANA BALLESTER/SANDOVAL CORONADO, «Las concesiones de indultos en España (2000-2008)», in *Revista Española de Investigación Criminológica*, num. 9, article 5, 2011, pp. 25-26 (comprehensive summary, in SEGARRA CRESPO, «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad», pp. 11-16); GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 210-211, 262; same author, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», pp. 615-617, 621-623; LÓPEZ AGUILAR in VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 45, differentiate between reasons based on criminal policy and penitentiary policy; OBAMA, «The president’s role in advancing criminal justice reform», in *Harvard Law Review*, vol. 130, num. 3, January 2017, pp. 812, 835-838, identifies pardon as a (underused) tool that can be used not only to correct injustices, but also to progress on criminal reforms. Reasonably critical DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 42: «¿Debe servir como instrumento para la política-criminal (en su sentido de actividad que consiste en establecer directrices para la prevención y la respuesta al delito)? Entendemos que, desde luego, no es el instrumento adecuado para ello»; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 59-60.

⁶⁵ Against such proposals, RODRÍGUEZ-DÍAZ VERGARA in VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 49; BELLOCH JULBE, interview given on January 20, 2015 to BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 280-281, understands that should be left to the discretion of the Government and to common sense; BRAVO RIVERA, interview given on February 5, 2015 to BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 335; QUADRA-SALCEDO

They called for measures not to grant pardons:

(i) For corruption, following the model used in Nigeria⁶⁶.

(ii) In the case of offenses committed by an authority in the exercise of its public function or office⁶⁷ (as currently envisaged in Cuba⁶⁸), or prevailing therein, for the purpose of obtaining economic benefit for itself or for a third party. This would overcome the lukewarm exclusion contained in the first paragraph of art. 6 LI relating to the disqualification from public office (which currently must be understood as referring to absolute and special disqualification for employment or public office ex arts. 41 and 42)⁶⁹.

(iii) Persons convicted of crimes related to gender-based violence⁷⁰, as already provided for in certain legal systems⁷¹. Or

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, interviewed on January 30, 2015 by BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 249-250; RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ, interview given on December 16, 2014 to BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 346-348.

An interesting historical study in MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 32-34, 36.

Vid. 1.3.1. *Justificación contextual del tema de estudio. Propuestas de reforma formuladas a la regulación del indulto*, for further examples.

⁶⁶ It is precluded by art. 18. 7 of the First Part of the Fifth Schedule of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, on Code of Conduct for Public Officers Public Officers for the purposes of the Code of conduct: «*The provisions of this Constitution relating to prerogative of mercy shall not apply to any punishment imposed in accordance with the provisions of this paragraph*».

CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 52-53; LÓPEZ AGUILAR in VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 46.

⁶⁷ Limit already set up in art. 160. 7th CP 1822: «*En ningún caso puede obtener indulto particular el que haya cometido (...) delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones*». The Decree dated on December 7, 1866 (Gaceta de Madrid num. 345, December 11, 1866) also established in art. 3, paragraph 2: «*En el mismo caso se prohíben absolutamente las [solicitudes de indulto] de clases ó corporaciones oficiales y las de funcionarios públicos y Autoridades, aunque sea en singular*».

⁶⁸ Art. II. 1) of the Law of pardons of the Republic of Cuba, dated on August 15, 1919 (Gaceta Oficial Extraordinaria, August 25, 1919).

⁶⁹ Paragraph 1, art. 6 LI: «*El indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la Autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas, si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión*».

⁷⁰ In this line, the Proposal for the reform of the Law dated on June 18, 1870, submitted on August 1, 2016 by the Socialist Parliamentary Group (BOCG num. 20-1, September 9, 2016), which pretends the amendment of the wording of art. 3 LI; and the proposal suggested within the Equal Treatment Commission, meeting of April 20, 2016 (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Equal Treatment Commission, num. 56, session of April 20, 2016, p. 11) at which was approved to: «*llevar a cabo las modificaciones legales pertinentes para prohibir la concesión de indulto en cualquier delito vinculado a la violencia de género*».

During the press conference held after the Council of Ministers of July 22, 2016, that decided about the grant of pardon by virtue of RD 305/2016, July 22, the Vice-president and Government Spokeswoman emphasized –as she did during the press conference held on March 18, 2016 (vid. footnote 177)–: «*Damos respuesta con esto el Gobierno a una situación muy particular, en la que concurren circunstancias excepcionales vinculadas a delitos de violencia de género. Como ustedes saben, en todo este tipo de situaciones el Consejo de Ministros lo está tratando con especial atención y, aunque no es el caso, porque es distinto, el Consejo de Ministros no ha concedido un indulto por violencia de género en toda la Legislatura. Habida cuenta de nuestra política penal en este punto, porque nosotros en los indultos tratamos de guiarnos por nuestra política penal y penitenciaria, hemos considerado que no se pueden dar indultos en el ámbito de la violencia de género y que, en estos casos, por las especiales circunstancias del caso, nos parecía más oportuno conmutar un ingreso en prisión, o sea, hacemos un indulto parcial, por un tiempo de trabajo en beneficio de la comunidad*».

(iv) For other crimes which are considered serious (such as genocide⁷², torture⁷³ –expressly introducing its exclusion following the Brazilian model⁷⁴– judicial prevarication⁷⁵, terrorism –using the Chilean scheme⁷⁶– or large-scale drug trafficking⁷⁷).

Another group of initiatives related to the limitation of the material scope, more technically precise, affect the type of penalties which can be pardoned⁷⁸.

It is also proposed, not peacefully, to narrow the scope of the pardon and assume a *numerus clausus* system of motives which allow its adoption⁷⁹.

⁷¹ Art. 252 bis of the Criminal Code of Bolivia, pursuant to the reform contained in the Integral Law num. 348, March 9, 2013, to ensure women the right to a life free from violence.

⁷² TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», in *Revue française de droit constitutionnel* num. 79, July 2009, pp. 536-537.

⁷³ The Concluding observations about the sixth periodic Report of Spain, issued by the United Nations Committee against Torture, adopted at the meeting held on May 15, 2015, explicitly recommend this legislative amendment.

⁷⁴ Section XLIII, art. 5 of Brazil's Federal Constitution states: «*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*».

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», in *Indret*, num. 3, July 2016, p. 34, footnote 125, does not suggest the amendment, but emphasizes that the torture is not subject to pardon, according to the rulings issued by the European Court of Human Rights, analysed in depth by this author.

⁷⁵ PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 68. The authors accept the arguments included in the Report of the Supreme Court (Second Chamber), June 14, 2000 (special case num. 2940/1997): «*Las razones de justicia o equidad que justificarían renunciar a la ejecución no son un fundamento para que el Poder Ejecutivo pueda modificar discrecionalmente las sentencias del Poder Judicial, sino para eliminar una cierta incompatibilidad entre la rigurosa aplicación de la ley y la valoración ético-social que merece el hecho objeto de la condena. A Juicio de este Tribunal Supremo tal disonancia no se da en el presente caso. El propio Consejo General del Poder Judicial ha considerado, a propósito del proceso que dio lugar a la condena cuyo indulto se solicita, que el delito de prevaricación es el más grave que se puede imputar a un Juez. Por lo tanto, cuando un Juez ha prevaricado el indulto carecerá completamente de razones de justicia o equidad, precisamente porque la reprobación del orden jurídico coincide con la desaprobación ética de la sociedad. (...) La gravedad del delito es consecuencia del ataque frontal que la prevaricación representa para el Estado de Derecho en el que los jueces y todas las autoridades públicas están vinculadas al imperio de la ley. Probablemente por ello, no se tiene conocimiento de que en alguno de los pocos casos de condena por prevaricación judicial de la historia de los Tribunales españoles se haya indultado a un juez prevaricador*».

⁷⁶ Art. 9 of the Political Constitution of the Republic of Chile precludes the use of pardon (for individuals) for terrorism (general pardon is allowed as it is set forth in art. 63. 16), with two caveats: (i) commutation of the death penalty for life imprisonment; and (ii) crime offences committed before March 11, 1990 (in accordance with the Seventh Transitional Provision). The adoption of the Law 19055, April 1, 1991, that introduced this constitutional framework met with resistance. Vid. GUZMÁN ERRÁZURIZ, «Indulto presidencial y terrorismo», in *Revista de Derecho Público*, num. 50, 1991, *passim* (specially, pp. 284, 286-288, 291).

⁷⁷ MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en "razones de equidad, justicia o utilidad pública"», in DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir.) / DE LA MATA BARRANCO (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 295.

⁷⁸ Proposal 87. 3 of the Report «Sociedad Civil contra la Corrupción» coordinated by the Foundation for the Justice, published on February 16, 2015: «*El indulto no puede afectar en ningún caso a la inhabilitación para ejercer el cargo público o la actividad desde la que se realizaron los hechos*». In the same sense, DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 514.

⁷⁹ PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 70-71; LÓPEZ AGUILAR in VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 46, presents an interesting proposal: that each Government publishes its pardon policy's broad guidelines at the beginning of every parliamentary term.

The fifth measure, related to the requirement of a decision motivation, is based on the need to improve transparency with respect to an institution characterized by its opacity or secrecy⁸⁰, by providing timely or periodic⁸¹ complete and detailed official information on the concessions and denials⁸². The orientation of this subgroup of proposals shares the premises that culminated in the approval of Law 19/2013, of December 9, on transparency, access to public information and good governance. In its Explanatory Memorandum, it was stressed that the actions of public officials should be subject to scrutiny so that citizens can know how to take decisions that affect them or under what criteria our institutions act.

Although insufficient⁸³, the reform introduced by Organic Law 1/2015, of March 30, amending Organic Law 10/1995, of November 23, of the Criminal Code, could be included

Dissenting, DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», in *Revista Vasca de Administración Pública*, num. 99-100, May-December 2014, p. 1179: «*Las pretensiones de reconducir las funciones y razones, de restringirlas y cuasi reglarlas, de juridificarlas y extraerlas del ámbito de la política o políticas, ni coincide con la configuración de la institución ni parece lógico ni conveniente, por más que el objetivo último sea garantizar así la tutela judicial y evitar que el indulto pueda servir a intereses espurios o arbitrarios*»; LINDE PANIAGUA, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», p. 165; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 38: «*La perspectiva humana, además, no puede prever todas las contingencias de la vida del penado, ni, por consiguiente, fijar à priori y taxativamente los casos de indulto, que pueden serlo, entre otros muchos, un servicio especialísimo, una enfermedad crónica, los achaques de la vejez, una serie de causas, en fin, que no se pueden encerrar en los estrechos límites de una disposición reglamentaria*».

⁸⁰ ABREU J./JIMÉNEZ, J.L., «¿Son progresivos los indultos en España?», work in progress, draft version dated on March 2017, p. 3; BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 23-24; same author, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», pp. 316, 320; CID/TÉBAR, «Spain», in PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL (Ed.), *Release from Prison, European policy and practice*, Routledge, Abingdon-New York, 2010, p. 362, footnote 3; DE CÓZAR PALMA/CEBERIO BELAZA, «468 indultos en 11 meses de Rajoy», in *El País*, December 2, 2012; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», in CUERDA RIEZU (Ed.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 123; DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», p. 1180; GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», in *Revista Jurídica de Canarias*, num. 16, 2010, p. 63; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», pp. 1, 6; MARIAS FRANCO, «Indultos a manos llenas», in *El País*, February 10, 2013, defines the institution as secretive and opaque, and describes the practice of granting pardons as «tenebrous»; MUÑOZ BLANCO, *El indulto en España: "El poder ejecutivo bajo sospecha"*, end-of-degree project (tutor: SOLETO MUÑOZ), Universidad Carlos III de Madrid, 2012-2013, pp. 40-41; NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 1; POZUELO PÉREZ, meeting held on November 16, 2016, within the research project «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financed by the Ministry of Economy and Competitiveness, points out the lack of transparency regarding the grant procedure in USA too.

⁸¹ KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 638, about the need to render immediately account of each grant of pardon and to revoke them by a qualified majority; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 74, num. 4, 2000, p. 1535, proposes an annual accountability; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», p. 835.

⁸² In this regard, Civio Foundation, promoter of the remarkable project *El Indultómetro*, in its «Decálogo de propuestas de transparencia para los partidos ante las elecciones generales», published on the occasion of the elections held on December 20, 2015 (<http://propuestas.civio.es/#publicacion-de-las-motivaciones-y-denegaciones-de-indultos-de-forma-argumentada>, accessed on June 2, 2016).

DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», pp. 1, 3, 6, 9, 10, 24, underline the absence of publicly available statistics that involve a lack of transparency of the use given to pardon; same authors, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», pp. 45, 50; DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 44; GILI PASCUAL, «Artículo 130», in GÓMEZ TOMILLO RODRIGO (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General, Artículos 1-137, tomo 1*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 1091.

⁸³ GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1091, also critical; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», p. 9, brands it as «*timid*».

in this block of initiatives since Its Third Additional Provision established the obligation for the Government to submit a report on the granting and denial of pardons to the Congress every six months. This law was used to reform the LI, adding an additional provision in the same direction. However, and despite the legal prescription, it is not clear that the report has still been sent, under the pretext of the Government having been a long time in office⁸⁴. However, by the end of June 2017, a representative of the Government (high official of the Ministry of Justice) is scheduled to appear before the Justice Commission of the Congress of Deputies to comply for the first time with this information obligation⁸⁵.

Any interested reader will have noticed that these proposals are focused on improving the application regime of an institution whose legitimation does not seem to be discussed. However, regardless of the merit and respect they all deserve, it is assumed that this premise, the justification of the figure, cannot be accepted uncritically. Precisely to resolve the question of the current legitimation of pardon is what this research is directed to.

1.1.2. The need to assess the justification of the figure of pardon

The custom of the institution of pardon⁸⁶, its adamant «historical legitimacy»⁸⁶ and its generalized continuity are frequently used as an argument in its favour⁸⁷, using a regular reasoning already observed by TUCKER⁸⁸ –*Why otherwise would it have subsisted? Why, if not, is it generally assumed by all States regardless of the regime that guides their government*⁸⁹,

⁸⁴ MATEO, J. J., «El Congreso controlará por primera vez la concesión de indultos» in *El País*, April 10, 2017: «*El Ejecutivo cumplirá así por primera vez con la obligación legal de informar semestralmente sobre estas polémicas decisiones, que no atendió en 2016 porque estaba en funciones, según fuentes de la Secretaría de Estado de relaciones con las Cortes. (...) El Ejecutivo se escudó en su interinidad para no cumplir en 2016 con la obligación de informar semestralmente a la Cámara sobre los indultos, como establece el Código Penal desde su reforma de 2015*»; VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (29:25-30:36).

⁸⁵ MATEO, J. J., «El Congreso controlará por primera vez la concesión de indultos».

⁸⁶ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 49; SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», in Blogspot, November 20, 2012, p. 8.

⁸⁷ Arguments that, as a matter of fact, are repeatedly used in non-judicial areas, as, for instance, to support bullfighting.

BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 12-13, 82-95, underscores the study of the regulation then in effect of China, Annam Kingdom, America or Europe; CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 283-284; NICOSIA, entry «Grazia», in AZARA/EULA (Dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, UTE Torinese, Turin, 1968, p. 7; VILLAR y GARCÍA, *La conveniencia civil y política del indulto, como regalía de la corona. Discurso leído en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia, el día 18 de enero de 1852, en la Universidad Central*, Neira y Ducazcal Printers, Madrid, 1852, p. 9.

⁸⁸ TUCKER, *The light of nature*, vol. IV, Hilliard and Brown, Cambridge, 1831, 2^a ed., p. 395: «*For it is a constant argument among the common people, that a thing must be done and ought to be done because it always has been done*».

Cf. SEBBA, «The pardoning power – A world survey», pp. 84-110, undertook a comprehensive study on the 70s, through which he confirmed the widespread practice among different countries –from Afganistan to Zambia–. Note, that the references responded to the date of the work. For that reason, regarding Spain, it refers to the Organic State Law num. 1/1967, January 10, (p. 105). A more limited study, dated on 1992, undertaken by SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts, Gnade-Amnestie-Bewährung*, C.H.Beck, Munich, 1992, 2^a ed., pp. 146-153.

⁸⁹ Dissenting opinion of RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ to the Judgment of the Supreme Court, dated on November 20, 2013.

DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 24, 546, 597, 600.

even by those considered more advanced^{90,91}-. Nevertheless, accepting the reflections exposed by ARENAL⁹², it is not necessary to admit «facts as arguments, nor to infer their justice from their antiquity»⁹³.

If the necessary survival of an institution is dogmatically defended, we must be able to provide reasons that can justify this –solvent arguments to raise against a possible request for abolition found–. Otherwise, and taking the argument to such an exaggerated and illustrative dialectical extreme, it would be standardized that it could be said that it was inexcusable to continue with the regime of slavery (only because it had a long history and was a practice shared by countries Considered civilized –and therefore satisfying the reference rule⁹⁴–)⁹⁵ or gladiatorial spectacles⁹⁶.

If in general terms it can be affirmed that the reflections on the origin of any figure are relevant not only to understand the past but also to clarify how it is projected to configure its future regime –given that the current law is a calculation of contemplation of the future⁹⁷, as our prologue⁹⁸–, this essentiality in genealogical analysis is sharpened when the matrix of the institute that intends to undergo examination marks the current determinant characteristics of the institution. This is precisely what happens with pardon.

⁹⁰ The power of pardoning is set forth in arts. 58 and 105 of the Constitution of the Republic of Finland, art. 20 Constitution of the Kingdom of Norway, art. 24 of the Constitution of the Kingdom of Denmark, art. 13 (Eleventh Chapter) of the Constitution of the Kingdom of Sweden or art. 29 of the Constitution of Island.

⁹¹ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, Biblioteca Jurídica, La España Moderna, Madrid, 1893, p. 5: «tantas personas equitativas de diferentes épocas y países no podían estar de acuerdo en sostenerle si no le creyeran justo»; PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», in *Estudios de Derecho penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840 por D. Joaquín Francisco Pacheco*, vol. II, Boix, Madrid, 1843, pp. 270-271.

⁹² ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 8.

⁹³ In the same vein, MILL, *Sobre la libertad*, 1859, in Alianza Editorial, Madrid, 2004, 6ª reeimp., pp. 63, 146. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», manuscript provided during the international workshop «Pardon: present and future» organized within the research project «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financed by the Ministry of Economy and Competitiveness, that took place in Madrid on April 20, 2017, pp. 11-12, calls it *historicist fallacy*.

⁹⁴ Slavery was an accepted practice with roots in the Old Culture. It was used in the Athens of Pericles or the classic Rome, the Middle and Modern Age. It renews itself during the colonization of America, with a massive use. It was eradicated thanks to the movement that emerged at the end of the 18th Century. Until then, it was even accepted an aristotelic point of view of the slavery, understood as a natural phenomenon, with ancestral origins and a widespread and commonly shared practice. About the clemency and the slaves, vid. SÉNECA, *Los dos libros de clemencia, First Book*, pp. 41-42.

⁹⁵ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, p. 12: «Dieser rechtsstaatliche Anspruch auf das gesetzliche Recht steht hinter dem Spruch “Gnade kann nur Sklaven freuen, aber Männer brauchen Recht”».

⁹⁶ With an origin in the Etruscan practices (VI b. C.), they reached their peak in Rome until repealed by the Emperor Honorio in 404 a. C.

⁹⁷ ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 1958, in Universitaria, Buenos Aires, 1977, pp. 21-22: «El momento presente es algo más que un mero punto temporal colocado al lado de los otros en la línea del tiempo. Se distingue de todos los demás en que es aquel punto del tiempo al cual ha llegado el curso de la realidad que está por entrar en el futuro»; «un corte del “ahora” está caracterizado por los problemas abiertos al futuro». That determines its conception not as an historical fact, but as an assessment of the future, where the problems of the existing law merge with the political-juridical problems, to establish the new law.

⁹⁸ KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 621.

Therefore, this research proposes to go deeper into this question, which is considered to be systematically preliminary: first, the question of the legitimacy of the figure must be solved and only if the question is answered in affirmative way (partial or total) must we enter into the analysis of its regime and of the mechanisms that can perfect it, of being understood as *afunctional*⁹⁹.

The foregoing reflection leads to another preliminary precision, which I am obliged to raise in order to understand the basis of the investigation presented here. This analysis aims to focus on the institution and its use, not on any abuse that may have been given to the figure¹⁰⁰. Distinguishing the analysis of its use from its possible excess –while also attending to this circumstance when this is inevitable– aspires to reach a study not only more aseptic but more profound.

Just as it is assumed that no one can agree to the fact that a pardon is granted in return for financial compensation, no one can defend the abuse of this (or other) institution¹⁰¹. Therefore, fixing the focus of analysis on the excesses occurring, although it may be useful to detect anomalies, can deform the elements of analysis by contamination of the environment.

The present investigation does not start from the preexistence of an institution that has been abused to analyse what blockages or corrections can be proposed for the purpose of optimizing and improving that utilization, preventing future diversions; but tries to neutralize the figure and the functions which have been assigned to it to conclude on its eventual necessity of maintenance.

1.1.3. Analytical premises on which the thesis sits

The previous reflection, the need to assess the current justification of the pardon figure, leads to the first point of departure of this research, defining its structure. As already pointed out by BETTIOL and ROXIN, any approach to the analysis of criminal law cannot be satisfied with an assumption of past answers, since in the resolution of the social conflicts to which it is destined, the analysis of the current context is key in a double historical-philosophical direction¹⁰².

⁹⁹ Notwithstanding, AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 901-902, 912-913; same author, «Derecho de gracia», pp. 59, 63; BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», in *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 19, 24, circumscribe the possible discussion in the metalegal or philosophy field, given that the constitutional text had solved the problem, so the pardon as institution could not be called into question under positive law.

¹⁰⁰ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 74: «Kein Rechtsinstitut sollte jedoch allein im Zerrspiegel des Mißbrauchs betrachtet werden».

¹⁰¹ MOORE, K. D., *Pardons*, p. 203.

¹⁰² BETTIOL, *Il problema penale*, Priulla, Palermo, 1948, 2ª ed., pp. 21-23, 34-: «Il diritto penale è una politica. (...) Quando si afferma che il diritto penale è una politica si intende per l'appunto affermare che senza la "comprensione" del momento politico e del "milieu" politico, nei quali una legislazione viene alla luce e opera, non si può affatto intendere la portata e l'intimo valore di essa»; same author, *Diritto penale, Parte generale*, CEDAM, Padua, 1986, 12ª ed., pp. 13-17, rules out, however, that a further deep analysis of the historical evolution need indispensable to be assess, in order to understand the historical and cultural framework of the legislation; ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», translated by LUZÓN PEÑA, in *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 11.

Therefore, it is necessary to make an analysis of the pardon that allows us to understand *today* the *present* situation of the institution, given the *current* circumstances. For that we need to dive deep and reflect upon the origins and evolution of the figure, it is inescapable¹⁰³. But this exercise of submersion must not neglect the ultimate objective of the investigation: to verify whether pardon is a figure that can be justified at present; and, if an affirmative answer is obtained, delimit the prerequisites that legitimize its use in a constitutional and democratic State of law (Article 1 SC).

With the previous consideration, the second starting point of the investigation, already laid out, is reached. The pardon is nothing more than the waiver of the State, as the holder, to have the *ius puniendi* executed in its entirety; the waiver that the sentence be fully executed; to lift a punishment imposed by the State in response to the commission of a particular offense. A holistic study of such an institution as that which is intended cannot, therefore, cease to be intimately related to the theories of punishment.

ROXIN once again has an essential question: although current legal discussions are mostly carried out outside the theories of punishment, «*we cannot give up a closed theoretical concession of criminal law, because only that can offer us a measure for the many proposals which arise in the discussion of reform, and because each concrete regulation can only acquire significance within the whole and only according to it be valuable or useless*»¹⁰⁴.

Since the aim of this research is to succeed in inserting the conclusions derived from it in a coordinated and cohesive way in that whole, the analysis that the pardon figure deserves will not be neglected in terms of the theory on the end of the sentence and I will not shy away from contrasting whether the thesis here submitted to verification exceeds the reflections that could be formulated from those postulates.

Having exposed these two preliminary questions, to which two chapters will be dedicated, the moment has come to formulate the thesis which tries to contrast it.

1.2. Thesis proposal under verification

The two starting premises of this investigation are identified with notorious facts related to the evolution of the criminal system itself. As will be seen, both hypotheses are closely related to each other, being analytically inseparable.

In the first place, no one today doubts that although the pardon found a comfortable fit and justification in those times in which the sentences came to imply the life of the condemned, in which it was not uncommon to impose punishments in the form of torture or in which their incarceration was imposed indiscriminately during such vast periods of time that they turned the penalty into cruel, this scenario seems *a priori*, and unless the reflections that merit the introduction of the so-called reviewable permanent prison in our system, surpassed in the context of our legal system.

¹⁰³ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy», in Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, num. 22, 2010, p. 227: «*Sin la comprensión del momento político en que una legislación penal nace no se puede entender el íntimo valor de la misma*».

¹⁰⁴ ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», p. 20.

The second working hypothesis is to note that criminal law has undergone an evolution: it has elaborated and refined its guiding principles, strengthened its foundations, incorporated the convicted not only as a centre of duties but also of rights, has managed to establish limits of adequacy of the criminal response and has incorporated new institutions that make the imposition and execution of sentences more flexible on an individualized basis referenced to the prisoner. That is to say, it would seem that the purposes for which pardon had traditionally been used had already been inserted or accommodated within the criminal law system itself through the introduction of other institutions (for example, extenuating circumstances, the list of mitigating factors, parole or review) or by refinement of its own structure (as shown by the abolition of capital punishment, the necessary proportionality of penalties in their application and individual execution or the redefinition of criminal types). This individualization and adaptation to the concrete case of the individual, the necessary flexibilization of criminal law, today underpin the legislation, the application of punishment and the execution of the sentence.

From both premises the absence of justification of the pardon figure would be collected in scenarios of normality: the first statement of our thesis. If by «normality» a negative definition is assumed –a context of normality will be that which does not respond to a pattern related to the so-called transitional justice¹⁰⁵–, I defend that the figure of pardon is currently lacking justification in such assumptions.

It follows from this conclusion that the present practice of pardon responds to: **(i)** an illegitimate and unacceptable uses, completely foreign to the satisfaction of the end of the sentence, for whatever purpose it may be (e.g. celebration of ephemeris); and, therefore, not amenable to maintenance in a State governed by the rule of law; or **(ii)** to rectify deficits that are already covered by the system itself or by those other institutions that are more adequate and which the pardon only intends to supply.

Therefore, the first preliminary conclusion to be verified is the possibility, if not the necessity, of abolishing the institution of pardon in normal settings because its current use is illegitimate, unjustified or unnecessary for the modern Criminal Law.

However, I understand that this abolitionist solution must mutate when the scenario presented is not *normal*; when the analysed context responds to a pattern of transition justice process¹⁰⁶.

In this situation of necessity that characterizes the transitional processes, the relaxation of the execution of the penalty can be justified in the ultimate interest of peaceful coexistence and,

¹⁰⁵ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del Derecho penal en procesos de transición», in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, num. 9, 2013, p. 211.

¹⁰⁶ BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case», in *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, num. 2, 2013, pp. 35, 36, 39, about the need to better assume an approach in term of *process* (multifaceted and dynamic), than an approach based on a normative framework (static); JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición», in *Tendencias 21*, April 25, 2010; TORRALBA, *El perdón*, Milenio, Lleida, 2010, p. 16; TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, Océano, México, D.F., 2015, p. 25.

therefore, it is not ruled out that, within these scenarios, the pardon –accompanied or not of other measures of transitional justice– might be used to achieve this end.

Although the complexity of these transitional contexts and their phenomenological variety determine the need to carry out a casuistic analysis in each scenario in view of their idiosyncrasy, it is considered necessary to establish a theoretical framework that allows for the elimination, as far as possible, of frictions which the exercise of the pardon figure, as it is currently configured, would result in being employed by and in a State of Law. For this reason and within this second statement of the thesis, I consider that, although the use of the pardon figure cannot be ruled out, it must respond to patterns different from the present ones: it must be approved by law and, therefore, it must respect the limits which are imposed on all Laws.

[1] Presentación del objeto de estudio

Propuesta de tesis

1.1. Presentación del objeto de estudio

1.1.1. Justificación contextual del tema de estudio. Propuestas de reforma formuladas a la regulación del indulto

La génesis de la figura del indulto se remonta al origen de las estructuras sociales que cuentan con evidencia documental¹⁰⁷, llegándose a caracterizar como una institución tan longeva como la propia sociedad¹⁰⁸ y tan remota como lo fuera el delito¹⁰⁹.

¹⁰⁷ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 25-26; mismo autor, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», en ARAGÓN REYES/JIMÉNEZ CAMPO/SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 1, Ed. Congreso de los Diputados et al., Madrid, 2002, p. 897; mismo autor, «Derecho de gracia», en ARAGÓN REYES (Dir.)/AGUADO RENEDO (Codir.), *Organización general y territorial del Estado, tomo II, Temas básicos de Derecho constitucional*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 58; BRAVO, *La gracia de indulto*, Ed. E. T. Pedro Núñez, Madrid, 1889, p. 12, advierte que la institución del indulto es tan antigua como lo es la justicia: «*La idea del castigo nació al propio tiempo que la del perdón*»; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto desde el plano constitucional», en Diario núm. 6347, 26 de octubre de 2005, p. 1; SOBREMONTA MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1980, pp. 4, 15.

¹⁰⁸ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht, Handbuch*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 2012, p. 1; FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos graciables: naturaleza jurídica del acto de otorgamiento del indulto», en Revista española de la función consultiva, núm. 24, julio-diciembre de 2015, p. 195; KEATING, «Executive clemency: an ancient power and a modern solution», en Public Interest Law Reporter, vol. 8, núm. 1, invierno de 2003, p. 12; KOBIL, «The quality of mercy strained: wresting the pardoning power from the King», en Texas Law Review, núm. 569, febrero de 1991, pp. 575, 583-585, 638, la identifica con un fósil viviente (p. 575) y con una vieja reliquia (p. 638); FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas», en El Mundo, 13 de febrero de 2013, lo asimila igualmente con un fósil; MORISON, «The Politics of Grace: On the Moral Justification of Executive Clemency», en Buffalo Criminal Law Review, vol. 9, abril de 2005, p. 1; SEBBA, «Clemency in Perspective», en LANDAU/SEBBA (Dir.), *Criminology in perspective, Essays in Honor of Israel Drapkin*, Ed. Lexington Books, 1977, pp. 221, 223.

Si bien JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1999, pp. 7, 153-160, duda que el perdón puro alguna vez haya sido concedido: «*es, desde este punto de vista, un acontecimiento que nunca ha advenido en la historia*» (p. 7). Siguiendo los dictados de JANKÉLÉVITCH, RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, trad. por NEIRA CALVO, Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2004, pp. 608-609, 620, sobre la incapacidad de los pueblos para perdonar.

Se llega a asumir su existencia anudada al propio origen del hombre; así en el Génesis de la Biblia (2:16, 2: 17, 3:23) se narra que Jehová Dios, tras advertir al primer hombre que no comiera del árbol de la ciencia del bien y del mal porque si no moriría, conmutó esa pena capital por la expulsión del huerto del Edén. Referencia utilizada expresamente por CAMPO MORENO al defender la Proposición de Ley de reforma de la Ley de 18 de junio de 1870 de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto presentada el 1 de agosto de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Pleno y Diputación Permanente, núm. 29, sesión plenaria núm. 27, de 14 de febrero de 2017, p. 7); VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, Ed. Herder, Barcelona, 2010, pp. 15-19, sobre Caín y Abel.

¹⁰⁹ BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», en Revista de Estudios Penitenciarios, junio de 1948, p. 20; CADALSO, *La libertad condicional, el indulto y la amnistía con un apéndice relativo a la condena condicional*, Imprenta de Jesús López, Madrid, 1921, p. 195; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de

Lo anterior explica que, a lo largo del recorrido histórico de la discusión sobre la necesidad del castigo penal y la correlativa legitimación de la pena, se haya replicado dicho debate sobre su perdón y los elementos que podrían justificarlo¹¹⁰.

A pesar de su antigüedad, el indulto se ha mantenido hasta la actualidad como institución resiliente¹¹¹ con plena vigencia¹¹², superando el reproche anacrónico¹¹³, por lo que se ha denominado una suerte de «acuerdo universal»¹¹⁴. Se trata de una institución histórica, cuyo empleo, con limitadas excepciones anudadas a la revolución francesa acontecida a finales del siglo XVIII, ha sido compartido por todos los países y ha coexistido en todos los regímenes, sin excepción¹¹⁵.

20 de noviembre de 2013», en Revista Vasca de Administración Pública, mayo-diciembre de 2014, núm. especial 99-100, p. 2901.

¹¹⁰ MOORE, K. D., *Pardons, Justice, Mercy, and the Public Interest*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 1989, pp. 9, 15, 86.

¹¹¹ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, Ed. Tucur, Madrid, 1976, p. 15; NOVAK, *Comparative executive clemency, The constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, Ed. Routledge, Abingdon-Nueva York, 2016, p. 7; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», p. 377.

¹¹² AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 30-33; HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», pp. 687-693.

¹¹³ BROWN, «The quality of mercy», en *UCLA Law Review*, vol. 40, 1992-1993, pp. 327, 337; SEBBA, «Clemency in Perspective», p. 222.

Contrarios a que se pueda predicar dicha superación: BUENDÍA CÁNOVAS, «La necesaria derogación de la institución del indulto», en *Diario La Ley*, núm. 8379, 17 de septiembre de 2014, pp. 1-2 sostiene que: «*es una institución anacrónica y antidemocrática, residuo de un pasado absolutista que sorprendentemente subsiste en nuestros días sin haber efectuado adaptación alguna a los principios y valores constitucionales*» (p. 1); LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso», más templados: «*El indulto (...) es un residuo histórico de un régimen de unidad de poder, que se inserta en el Estado democrático de división de poderes*»; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, septiembre-diciembre de 2016, p. 54. También críticos DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión. Razones y propuesta para una modificación legislativa», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 43, 2014, p. 40; ORTEGO PÉREZ, «El indulto controversias de su ejercicio y necesidad de reforma», en *luris*, núm. 187, 1^a de marzo de 2013, pp. 12-13.

¹¹⁴ PICOT, «Rapport sur le droit de grâce dans ses rapports avec la science pénitentiaire», en *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, en *Séance de la Société générale des prisons du 28 juin 1899*, tomo 23, núm. 7, julio-agosto de 1899, p. 917; AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 898, 902; DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 81, núm. 3, 1998, p. 359; GARCÍA VALDÉS, «Sobre los indultos», en *Cuarto Poder*, 6 de marzo de 2013; MÜLLER-DIETZ, «Recht und Gnade», en *Deutsche Richterzeitung*, 1987, p. 474; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», en ESPUNY I TOMÁS/PAZ TORRES/YSÀS SOLARES (Coords.), *30 años de la Ley de Amnistía (1977-2007)*, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona-Dykinson, Madrid, 2009, p. 226; NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm. 5, 2012, pp. 1314, 1316; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 3, julio-septiembre de 1996, pp. 575-576.

¹¹⁵ MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto, Memoria leída en varias sesiones ordinarias de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, celebradas en 1865 y 1866*, Imprenta de E. Martínez García, Madrid, 1874, pp. 3-4; ZAGREBELSKY, *Amnistía, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Ed. Giuffrè, Milán, 1974, p. 1.

Cfr. SEBBA, «The pardoning power – A world survey», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 68, núm. 1, 1997, pp. 84-110, advertía, en el estudio de Derecho comparado acometido en los años 70, la ausencia de constatación en China. Sin embargo, el actual art. 80 de la Constitución de dicha República Popular recoge expresamente la facultad de perdón entre las competencias de su Presidente.

Actualmente, Guatemala constituye una excepción. Su constitución se refiere exclusivamente al poder para otorgar amnistías y el 1 de junio de 2000 fue aprobado el Decreto 32-2000 por el Congreso y el Presidente

El hecho de que se trate de una institución tan primigenia, no obsta, sin embargo, para que mientras estas líneas se escriben, se desarrolle un frenético debate sobre su legitimación y su encaje en un Estado de Derecho, convirtiéndolo en un tema de acuciante actualidad¹¹⁶.

Los catalizadores del presente cuestionamiento se centran en los análisis alrededor de tres dicotomías interrelacionadas entre sí: la discrecionalidad vs. arbitrariedad de las decisiones de otorgamiento y denegación de indulto¹¹⁷; el potencial control vs. la intangibilidad de dichas decisiones¹¹⁸; y el uso vs. el abuso que se le dispensa a la figura¹¹⁹.

La controversia generada en España con motivo de la concesión de determinados indultos, no restringida al ámbito académico¹²⁰, ha contribuido a acelerar el alcance del punto (de inflexión o de ruptura)¹²¹, en el que nos encontramos. Este cuestionamiento no se ha circunscrito al ámbito de nuestro ordenamiento nacional¹²². En Alemania, la discusión comenzada en 1990 en relación a la posible concesión de indultos a terroristas del grupo de la Fracción del Ejército Rojo¹²³, abrió un debate aún vigente en el país teutón. En los Estados Unidos de América, decisiones controvertidas como la adoptada por el expresidente Bill Clinton el 20 de enero de

perdió sus competencias en relación con el indulto. Por ello, puede decirse que, en relación a la figura del indulto, a día de hoy existe un vacío legal en Guatemala.

¹¹⁶ GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 22, ya lo advertía en 2004; misma autora, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», en AGUIAR DE LUQUE et al. (comisión organizadora) *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 612; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy: Econometrical Analysis of Pardons in Spain», en *Hacienda pública española*, núm. 216, 2016, pp. 81-82.

¹¹⁷ URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2900.

¹¹⁸ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 907, lo considera la piedra de toque, acogiendo una consideración constitucional; mismo autor, «Derecho de gracia», p. 63.

¹¹⁹ BARNETT, «The grounds of pardon», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 17, núm. 4, febrero de 1927, p. 490: «*there is probably no public function that has been more abused*»; NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 1.

¹²⁰ DE CÓZAR PALMA/CEBERIO BELAZA, «Los políticos sí tienen perdón».

¹²¹ LÓPEZ AGUILAR en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 45.

Compatible con el marco de justificación de la teoría del equilibrio interrumpido defendido por BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono, Los indultos en el marco de la política penitenciaria en España: 1982-2014*, Ed. Libros.com, Jaén, 2016, pp. 61-125, 160, 189-191 (especialmente, pp. 66-72).

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 292, califica la presente situación como poco razonable, vinculándola con el cuestionamiento de lo político como categoría. Esta misma interpretación, BRAVO RIVERA, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 324, 330.

¹²² DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», p. 355.

¹²³ CANO PAÑOS, «¿Clemencia o justicia? Sobre las reticencias existentes en Alemania a la hora de poner en libertad a los últimos terroristas de la RAF», en *Indret*, núm. 2, abril de 2007, pp. 1-23, publicado antes de que se denegara el indulto a C.K.; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive, Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1996, pp. 469-471; KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», en SCHMIDT, K. (Dir.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 57; SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1991, cuaderno núm. 2, pp. 101, 102, 104; ZIMMERMANN, *Verdienst und Vergeltung*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 1.

2001, provocaron la reacción de la academia¹²⁴ e incentivaron la formulación de propuestas de reforma e, incluso, de abolición de la figura¹²⁵.

Entre los innumerables ejemplos polémicos que la práctica de la institución ha proporcionado en los últimos tiempos en nuestro país, destacamos, sin ánimo exhaustivo, el siguiente decálogo de concesiones de indulto¹²⁶:

(i) Reales Decretos 1667/1995, de 13 de octubre (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1995) y 82/2011, de 21 de enero (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2011) por los que se indulta dos veces –debido a la repetición del juicio– a JHC, expresidente de Cantabria, tras haber sido condenado por un delito de malversación de caudales públicos y de prevaricación.

(ii) Real Decreto 2263/1998, de 16 de octubre (BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 1998) por el que se indulta a GASM, hermano del entonces Ministro de Fomento, la pena de prisión impuesta por la comisión de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, conmutándose por la de multa.

(iii) Reales Decretos 2838 y 2846/1998, de 23 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 1999) por los que se indulta a JBP y RVF-H, quienes habían sido Ministro del Interior y secretario de Estado para la seguridad respectivamente, condenados solo 5 meses antes –el 29 de julio de 1998– por un delito de malversación de caudales públicos y de secuestro.

(iv) Real Decreto 2392/2000, de 1 de diciembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2000) por el que se indulta a FJGLB, condenado como autor de un delito continuado de prevaricación, perdonándole *«la pena de inhabilitación especial, con todas sus consecuencias, lo que supone el reintegro a la Carrera Judicial, manteniéndose, sin embargo, la incapacidad para desempeñar cargo en la Audiencia Nacional o en cualquier Juzgado de la misma, durante el plazo de veinticinco años desde la publicación del*

¹²⁴ BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», en *New York University Law Review*, vol. 90, junio de 2015, pp. 823, 828; BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency: The Cost of Ignoring Clemency and a Plan for Renewal», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 82, núm. 1, invierno de 2015, pp. 6 nota 21, 9, 13; KOBIL, «Should Clemency Decisions be Subject to a Reasons Requirement?», en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 13, núm. 3-4, 2000-2001, pp. 150, 152; mismo autor, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», en SARAT/HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, Ed. Stanford University Press, California, 2007, pp. 47, 54; LARDNER, «The role of the press in the clemency process», en *Capital University Law Review*, núm. 31, 2003, pp. 182-183; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 13, núm. 3-4, 2000-2001, pp. 125, 127-130; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», pp. 820-823; SARAT, *Mercy on trial: what it means to stop an execution*, Ed. Princeton University Press, Princeton-Woodstock, 2007, reed., pp. 33-34; WHITMAN, *Harsh Justice, Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2003, pp. 67, 183-184.

¹²⁵ MORISON, «The politics of grace», pp. 2-3.

¹²⁶ El conocido caso del doble indulto a los mossos d'esquadra, se analizará detalladamente en el apartado 4.4.6.2. *El indulto otorgado por razones electorales y de cercanía*, al que me remito.

Para una recopilación de los más discutidos desde 1996 hasta la actualidad, vid. «Indultos destacados», difundido por El Indultómetro, proyecto de la Fundación Civio (<http://www.elindultometro.es/famosos.html>, última consulta el 16 de abril de 2017). También, CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2014, vol. 113, p. 59.

presente Real Decreto»¹²⁷. La concesión de dicho indulto provocó el dictado de la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 1 de junio de 2001¹²⁸, para resolver la disputa suscitada entre la Sala Segunda del Tribunal Supremo (y su negativa a la readmisión a la carrera judicial del condenado, tras informar desfavorablemente la concesión del indulto, porque la expulsión de la carrera judicial ya había sido cumplida ex art. 4 LI) y el Ministerio de Justicia, en virtud de la cual se declaró que la competencia sobre el alcance del indulto, en relación con la pena de inhabilitación especial impuesta y ejecutada, correspondía al Gobierno¹²⁹.

(v) Real Decreto 2954/2000, de 1 de diciembre (BOE núm. 2, de 2 de enero de 2001) por el que se indulta a JMPSM, alcalde de Burgos hasta el 3 de junio de 1992, quien había sido condenado como autor de un delito continuado de prevaricación y de un delito de denegación de auxilio a la autoridad.

(vi) Real Decreto 1761/2011, de 25 de noviembre (BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2011) por el que se indulta a ASA, quien había sido condenado solo unos meses antes –el 24 de febrero de 2011–, conmutando la pena «*accessoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras*» y acordando dejar sin efecto «*cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria*». La STS de 20 de febrero de 2013¹³⁰, declaró la nulidad parcial del inciso final de dicho Real Decreto, por extralimitación del Gobierno, en lo referido a dejar «*sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria*». La STS de 20 de febrero de 2013 recordaba que el Gobierno podía derogar un Reglamento o modificarlo, pero no excepcionar su aplicación para una persona concreta¹³¹. Menos de dos meses después, se

¹²⁷ AGUADO RENEDO, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: El caso “Gómez de Liaño”», en Revista española de Derecho constitucional, año núm. 21, núm. 63, septiembre-diciembre de 2011, p. 280, la considera como la primera vez que se produjo un conflicto entre el Gobierno y el Tribunal Supremo (en su condición de órgano sentenciador); LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso»; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 20-21, 248-253; PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», pp. 58-64; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno: una perspectiva constitucional. (Especial análisis del “caso Liaño”)», en Revista de Derecho político, núm. 53, 2002, pp. 28-29, 49-66, 67, 68; QUERALT JIMÉNEZ, «El “Caso Liaño”, Indulto no, gracias», en El País, 29 de marzo de 2000; RUBIO LLORENTE, «Quizás España no vaya tan bien», en El País, 25 de octubre de 1999.

ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», en FONT GALÁN/LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Coords.), *Estudios jurídicos en conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho, tomo 2*, Ed. Universidad de Córdoba, 1991, p. 499, sobre la tensión entre poder judicial y ejecutivo; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 1490-1494, sobre los antecedentes de las recurrentes tensiones entre el poder ejecutivo y el poder judicial.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 1 de junio de 2001 (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2001, pp. 25409-25412).

¹²⁹ Comentada por SERRERA CONTRERAS, «¿El indulto para todos?», en Diario La Ley, núm. 7, 2001, pp. 1619-1625.

¹³⁰ Vid. comentarios a la sentencia de FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, «Indulto. Alcance del derecho de gracia. (Comentario a la STS de 20 de febrero de 2013)», en CEFLegal, núm. 157, febrero de 2014, pp. 144-146; y DE URBANO CASTRILLO, «El control jurisdiccional sobre la concesión de indultos», en Revista de Jurisprudencia, núm. 1, 6 de junio de 2013.

¹³¹ Al tiempo en que fue dictado el RD 1761/2011, de 25 de noviembre, estaba en vigor el art. 2. 1. f) del RD 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito en virtud del cual se establecía como requisito para ejercer la

aprobó el Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2013), en virtud del cual se modificaban las normas sobre honorabilidad –sus arts. 2. 1. f), 2. 5 y concordantes hacían residir en el Banco de España su control–¹³².

(vii) Reales Decretos 733/2012 y 735/2012, de 20 de abril (BOE núm. 120, de 19 de mayo de 2012), en virtud de los cuales se indulta a JRRG y MASG tras haber sido condenados por la comisión de un delito de falsedad en documento oficial, cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, perdonándoles la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las funciones públicas.

(viii) Reales Decretos 413 y 416/2012, de 17 de febrero (BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2012) en virtud de los cuales se conmuta, por la de multa, las penas de prisión que habían sido impuestas a JMSR y VMLA, exsecretario general de la Consejería de Trabajo en Cataluña y empresario y familiar de un miembro del Congreso respectivamente, autores de sendos delitos continuados de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos.

(ix) Real Decreto núm. 595/2013, de 26 de julio (BOE núm. 211, de 3 de septiembre de 2013) por el que se concede el indulto a MDMS, condenada por un delito de malversación, rebajando la pena de prisión impuesta para tratar de evitar su ingreso en prisión.

(x) Real Decreto núm. 863/2013, de 31 de octubre (BOE núm. 279, de 31 de octubre) por el que se concede el indulto a MARA, empresario, presidente de un club de fútbol y persona bien relacionada, condenado como autor de un delito contra la ordenación del territorio, rebajando su condena para tratar de impedir su ingreso en prisión. El indulto otorgado fue anulado por la STS de 8 de junio de 2015, al no recabarse el informe del tribunal sentenciador, la Audiencia Provincial de Las Palmas, que había revisado la sentencia¹³³.

actividad bancaria el contar con un consejo de administración compuesto por personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional. En virtud del segundo apartado de dicho precepto se había de entender que en todo caso carecían de tal honorabilidad quienes tuvieran antecedentes penales por delitos dolosos, estuvieran inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras o estuvieran inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹³² TENA ARREGUI, «No diga indulto, diga impunidad», en *Hay Derecho*, 12 de febrero de 2013.

¹³³ PONS PORTELLA, «La acción popular medioambiental en el control jurisdiccional de la gracia de indulto: el caso del Real Decreto 863/2013», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 62, noviembre de 2016, pp. 3, 6, 12-25, destaca el cambio de orientación que supone el dictado de dicha sentencia en relación con la legitimación activa para impugnar actos, desde la perspectiva de la acción popular en asuntos medioambientales. Según la STS de 8 de junio de 2015 y frente a los argumentos que esgrimían la falta de interés legítimo de Ecologistas en Acción (a los efectos del art. 19. 1 LJCA), la Ley 27/2006, de 18 de junio, les permite la impugnación del indulto –no para combatir el sentido de la decisión, pero sí para que se adopte conforme a la ley–. El voto particular formulado por HUERTA GARICANO y CÓRDOBA CASTROVERDE, incide en que la impugnación no queda cubierta por el ámbito de aplicación de la Ley 27/2006, de 18 de junio (arts. 18 y 22) y que Ecologistas en Acción no fue parte en el proceso penal.

En el seno de la discusión planteada y con el ánimo de mejorar el régimen de aplicación del indulto para evitar que se pueda repetir la adopción de decisiones como las controvertidas, han surgido distintas propuestas de revisión (limitada o integral)¹³⁴ a dicha regulación.

Ello, por cuanto la configuración constitucional de la figura del indulto se limita a lo dispuesto, sin homogeneidad en cuanto a la terminología empleada¹³⁵, en los arts. 62. i), 87. 3, 102. 3 CE; mientras que el régimen legal que la regula data de 1870.

Hemos de remontarnos al Gobierno Provisional instaurado entre 1868 y 1871 y, en concreto, a la Regencia de Serrano y Domínguez, a la presidencia de Prim y a la época en que Montero Ríos ocupaba la cartera del Ministerio que entonces se denominaba de Gracia y Justicia¹³⁶, para localizar la Ley provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, de 18 de junio de 1870 (Gaceta de Madrid núm. 175, de 24 de junio de 1870). Dicha Ley, con pretensión provisional¹³⁷ y sometida a escasas modificaciones –que se analizarán en la investigación¹³⁸–, es la que regula hoy la institución.

La vetustez de dicha norma y su eventual falta de acomodación al contexto actual, han motivado la presentación de distintas propuestas de actualización del régimen del indulto¹³⁹

¹³⁴ Con ánimo integral, VV.AA. *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal-Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 23-32; DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», pp. 40-47; FANEGA, «El indulto. Análisis y alternativas bajo el prisma criminológico», en *Criminología y Justicia Refurbished*, septiembre de 2016, núm. 3, pp. 108-112. Recientemente, ÁLVAREZ SUÁREZ, «El indulto: líneas de futuro», en *Diario La Ley*, núm. 8979, 15 de mayo de 2017, pp. 3-4; o DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», pp. 510-511, quien recopila distintas reacciones y propuestas de reforma de la LI surgidas desde noviembre de 2012.

En consecuencia, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», en *Diario La Ley*, núm. 8970, Sección Tribuna, 2 de mayo de 2017, pp. 4-5, incide en la necesidad de emitir una nueva circular de la Fiscalía que aclare y unifique criterios de actuación.

VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», conferencia celebrada el 25 de enero de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (21:34-23:50) sintetiza distintos bloques de propuestas –abolicionista y reformista–.

¹³⁵ En los tres preceptos se emplean distintas formulaciones: «derecho de gracia» [art. 62. i. CE], «prerrogativa de gracia» (art. 87. 3 CE) y «prerrogativa real de gracia» (art. 102. 3 CE). GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 60-65, 71, sobre la ausencia de definición de los elementos materiales que, en su caso, integran la gracia y la imprevisión específica del indulto particular, entendiéndose su inclusión derivada de una previsión implícita; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», p. 380, sobre la poca claridad que se deriva de esa distinta terminología; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 66, 2005, p. 66.

¹³⁶ Ministerio denominado «de Gracia y Justicia» hasta el 14 de abril de 1931. Cfr. HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2012, pp. 107, nota 114, 129; MESTRE DELGADO, «Gracia y Justicia (1)», en *Diario La Ley* núm. 8147, Sección Tribuna, 12 de septiembre de 2013, pp. 1-2, quien deduce de ello una muestra evidente de que las facultades de indultar están enraizadas con la concepción de administrar justicia.

¹³⁷ El art. 2 de la Ley de 18 de junio de 1870 (Gaceta de Madrid núm. 172, de 21 de junio de 1870), anunciaba que el Gobierno: «Publicará igualmente [además del proyecto de la ley de matrimonio civil] como leyes provisionales los proyectos presentados asimismo a las Cortes: sobre reforma de la casación en lo civil; sobre el establecimiento del recurso de casación en lo criminal y reformas consiguientes en el procedimiento criminal, y sobre el ejercicio de la gracia de indulto, sin perjuicio también de las alteraciones que puedan introducirse en ellas al ser discutidos definitivamente».

¹³⁸ Vid. sección 2.1.3. *Regulación de la figura de indulto*.

¹³⁹ PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», pp. 58, 62, sobre la necesidad de reformar el régimen del indulto para racionalizar y reubicar correctamente este instituto; PÉREZ

que pueden clasificarse alrededor de cinco pilares principales, susceptibles de combinación entre sí: **(i)** órgano concedente; **(ii)** forma en que se adopta la decisión (motivación o exteriorización de la justificación de la decisión); **(iii)** procedimiento de concesión; **(iv)** ámbito material que el indulto puede comprender; y **(v)** transparencia de las decisiones.

El primer grupo de propuestas reformistas, sobre las que más adelante se profundizará¹⁴⁰, gira en torno a la problemática del principio de separación o división de poderes y a la posibilidad de neutralizarla a través del traslado de la facultad de indultar a otro órgano distinto del poder ejecutivo.

La segunda línea de acción, como explicaré al tratar del principio de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos¹⁴¹, se refiere a la necesidad de motivar la decisión sobre el indulto para instaurar un control en la frontera entre la arbitrariedad y la discrecionalidad¹⁴². Actualmente, la LI no exige la justificación de las decisiones ni la exteriorización de las razones que llevaron a su adopción. Dicha ausencia es la que pretende salvarse a través de una reforma que exija una motivación de cada decisión de indulto¹⁴³.

Con ello se pretende reforzar el proceso de adopción de la decisión (al deber motivar, se presupone un previo ejercicio de identificación y evaluación de las razones que lleven a adoptarla) y de control sobre la opción alcanzada¹⁴⁴, y fortalecer la legitimidad del ejercicio del

FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 29, 66, sobre la necesidad de su adaptación a un Estado social y democrático de Derecho.

¹⁴⁰ Vid. apartado 6.1. *El indulto como excepción al principio de separación o división de poderes y al principio de cosa juzgada*.

¹⁴¹ Vid. epígrafe 6.3. *El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*.

¹⁴² GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 24, 94, 246-247: «Sin motivación, esto es, sin justificación o fundamentación de la actuación, no estamos ante un acto discrecional del Gobierno sino, muy probablemente, ante el enmascaramiento de un acto arbitrario, expresamente prohibido por nuestra Norma Fundamental. (...) los motivos en los que se apoye el Gobierno para fundamentar la concesión o denegación de los indultos obligan al mismo a transparentar que su decisión basada en fundamentos de partida no se encuentra viciada por planteamientos contrarios a Derecho» (pp. 246-247). Misma autora, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la pena ante la solicitud de indulto», p. 621. En el mismo sentido, DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho, Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, p. 108; KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», p. 55; MURILLO DE LA CUEVA en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 48; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», pp. 84, 91.

En contra, BRAVO RIVERA, subsecretario del Ministerio de Justicia entre el 30 de diciembre de 2011 y 3 de octubre de 2014, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 333-335, al entender que si se llegase a motivar las decisiones se convertiría al indulto en una instancia correctora del poder judicial.

¹⁴³ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», en SERRANO BUTRAGUEÑO (Dir.), *Ejecución de sentencias civiles y penales*, Ed. Instituto de estudios penales Marqués de Beccaria-Eurolex, Madrid, 1994, p. 272; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, Trabajo Fin de Grado tutorizado por JANATO MARTÍN, Universidad de Valladolid, 2016, pp. 56, 58; KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 637; mismo autor, «Should Clemency Decisions be Subject to a Reasons Requirement?», pp. 151-153, cauto, advirtiendo los efectos negativos que la exigencia de motivación pudiera acarrear; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 90-92, 220-221; misma autora, «Pardon for good and sufficient reasons», pp. 281-288; SERRANO MÁLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos? Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20-11-2013», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, pp. 623-624.

¹⁴⁴ KOBIL, «Should Clemency Decisions be Subject to a Reasons Requirement?», pp. 150-153.

indulto¹⁴⁵. En este sentido se pronuncian aquellos que subrayan la necesidad de robustecer los canales de fiscalización de las decisiones¹⁴⁶.

El tercer bloque de propuestas, relacionado con las proposiciones sobre el órgano decisor, está dirigido a remodelar el procedimiento de tramitación del indulto¹⁴⁷, dada su potencial plasticidad configurativa¹⁴⁸. Dentro de este grupo de iniciativas, la mayoría pretende reforzar el papel asignado a los informes que, conforme a la LI, se recaban durante la tramitación del procedimiento de indulto y que, en la actualidad, aunque son de emisión preceptiva, carecen de efectos vinculantes¹⁴⁹.

En este sentido, se plantean tres tipos de sugerencias, con posibilidad, a su vez, de acumulación entre sí: **(a)** aquella que promueve que los informes devengan vinculantes para la concesión: solo podría otorgarse un indulto si las opiniones emitidas en el seno del expediente fueran positivas¹⁵⁰; **(b)** aquella que defiende el modelo que puede bautizarse como de

¹⁴⁵ URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2921, indica que no basta con la legitimidad del título en virtud del cual se asume el poder, sino que asimismo se requiere legitimidad del ejercicio que es facilitada por la correspondiente motivación.

¹⁴⁶ VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», en *El Mundo*, 24 de noviembre de 2013, defiende la necesidad de acoger la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal (vid. nota al pie 134): «*la posibilidad de control previo y revisiones jurisdiccionales de la concesión del indulto. Sólo así se cumpliría con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Estas facultades de revisión, que recaerían en la Sala 3ª del Tribunal Supremo, se extenderían exclusivamente sobre cuestiones procedimentales, por lo que no afectaría al carácter discrecional (que no arbitrario) de la concesión*».

¹⁴⁷ ABEL SOUTO, «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal. Su regulación adaptada a principios constitucionales básicos y al Estado democrático de Derecho», en *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 9, 2013, p. 4.

¹⁴⁸ NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 139-169, estudia distintas modalidades procedimentales.

¹⁴⁹ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 218; RODRÍGUEZ-DÍAZ VERGARA en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 49; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», p. 831.

DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», p. 104, confirman que el Gobierno se limita a cumplir el requisito formal de solicitar el informe del Tribunal sin que el sentido del mismo le condicione en absoluto. PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 70, apuestan por redefinir el contenido de los informes para introducir elementos tales como la valoración de poca entidad del delito o los efectos derivados de la duración del proceso.

¹⁵⁰ Como parte de las 57 medidas contra la corrupción incluidas en las Conclusiones de la XXIV reunión nacional de Jueces Decanos de España, celebrada del 1 al 3 de diciembre de 2014 en Valencia, se recogen las proposiciones núm. 28 y 29 para la reforma del sistema de indultos, promoviendo que su concesión solo sea posible «*cuando exista informe favorable del tribunal*» (se asume que del tribunal sentenciador o del de vigilancia penitenciaria) y limitando la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena en caso de solicitud de indulto.

La Propuesta de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución –consignada con otro referencial, por error, en el Boletín Oficial– (BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 7, de 15 de septiembre de 1986, pp. 1-2), promovía, en su ámbito de aplicación, la vinculación del informe que emitiera el Consejo de Estado, a los efectos «*de evitar una política de reinserciones indiscriminadas*»: «*se incorpora el dictamen previo –preceptivo y vinculante– del Consejo de Estado, conforme a la tradición legislativa que recogía la Ley de Indultos de 1880, interrumpida en 1939, y que es preciso recobrar en estos supuestos para que el Ejecutivo tenga en cada caso el previo parecer del órgano que nuestra Constitución configura como Supremo Órgano Consultivo*». Por ello, la propuesta, que no fue aprobada, exigía que en la tramitación: «*Para la concesión de indultos particulares o de cualquier medida de gracia o reinserción por parte del Gobierno, será preciso: (...) c) Con carácter previo a la concesión por el Gobierno de algún de estas medidas, será preciso el dictamen favorable del Consejo de Estado*».

informes-llave: no podría otorgarse un indulto si uno de los informes, por ejemplo, el del Tribunal sentenciador, se opusiera a su concesión¹⁵¹; y **(c)** recuperar la necesidad de que el Consejo de Estado emita su opinión¹⁵².

Otras medidas que se incardinan en este grupo de propuestas de reforma pretendiendo incidir en la tramitación del procedimiento, se dirigen también a:

(i) limitar la iniciativa de solicitud o propuesta de otorgamiento¹⁵³ e impedir que sea el propio poder ejecutivo el que plantee su concesión¹⁵⁴;

(ii) aclarar y asignar más atención a la víctima del delito cuya pena pretende indultarse¹⁵⁵ –sin proponerse la retroacción, con carácter general, al requisito del perdón del ofendido o sus herederos que el art. 162 CP 1822 preveía para los delitos contra los particulares¹⁵⁶–;

FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», p. 272.

HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 474-477, cuantifica, para el periodo entre 1977 y 2011, que el 96% de los indultos concedidos contó con informes favorable del Tribunal sentenciador; BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 168-169; ROBLES FERNÁNDEZ, subsecretaria del Ministerio de Justicia entre el 23 de julio de 1993 a 13 de mayo de 1994, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 253-254, 256-257, subrayó que, en la práctica, se concedía el indulto cuando los informes del Tribunal Sentenciador y el Ministerio Fiscal eran positivos y se denegaba cuando ambos eran contrarios a su otorgamiento. BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 347.

¹⁵¹ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 179-181 propone de *lege ferenda* hacer vinculante el informe del Tribunal sentenciador, estableciéndose un control judicial negativo. El Gobierno no podría conceder el indulto si el Tribunal se negara a ello y podría denegarlo aun cuando el Tribunal hubiera informado a su favor; BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 196-197, ensayaba una medida similar, dentro de su catálogo de propuestas para evitar los abusos en el empleo de la figura (pp. 194-199). En el mismo sentido PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 70-72, ensayan requerir informe favorable del Tribunal sentenciador cuando se indulte más de la mitad de la condena impuesta o cuando se conmute la pena principal. En este sentido, las Conclusiones de las XXVI de las Jornadas Nacionales de Jueces y Jueces Decanos de España celebrada entre el 24 y 26 de octubre de 2016, p. 13 y JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», material proporcionado en curso de formación continuada de Fiscales sobre novedades en materia de ejecución, Centro de Estudios Jurídicos, 4 de abril de 2016, p. 22.

En contra, MELENDO PARDOS, «Recensión a C. AGUADO, Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10-11, 2002-2003, pp. 781-782, quien redirige la propuesta al simple control de la motivación, para no hacer prevalecer al órgano judicial frente al poder ejecutivo.

¹⁵² MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1900, pp. 43-44, sobre el protagonismo del Consejo de Estado en la tramitación. Como propuestas: VILLARINO MARZO, «El indulto en España», pp. 72, 73, 75, crítico con la eliminación del informe emitido por el Consejo de Estado. En el mismo sentido, PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 40, 70, proponen recuperar el informe del Consejo de Estado cuando el emitido por el Tribunal sentenciador no fuera favorable.

¹⁵³ En la línea seguida por el art. 223 de la Ley núm. 115/2009, de 12 de octubre, por la que se aprueba el Código de ejecución de penas y medidas privativas de libertad portugués.

HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», p. 419.

¹⁵⁴ DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», pp. 45-46, proponen que la iniciativa quede constreñida al órgano enjuiciador (de oficio o a instancia del condenado) o al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en los indultos del art. 206 RP. La decisión del poder ejecutivo habría de sujetarse, en el caso de conmutación, a los términos propuestos por el promotor. GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 35; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 71.

(iii) exigir el cumplimiento de determinados requisitos previos a la tramitación del indulto (como ya contuviera, en la época de Alfonso XIII, el art. 83 de la Ley Electoral de 8 de agosto de 1907¹⁵⁷) y no dejarlos a eventuales condiciones a imponer. Por ejemplo, se vendrían a manejar el cuestionable presupuesto de que el condenado muestre arrepentimiento¹⁵⁸, haya satisfecho la responsabilidad civil impuesta en la sentencia¹⁵⁹, o haya cumplido un mínimo de la condena¹⁶⁰; o

¹⁵⁵ DÍAZ LÓPEZ, «La participación de la víctima en el indulto», en La Ley Penal, núm. 113, marzo-abril de 2015, pp. 2, 4-11; MAGRO SERVET, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», en Revista jurídica de la Comunidad Valenciana, núm. 51, julio de 2014, pp. 40, 42.

LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2015, pp. 202, 213-215, sobre la aparición de la víctima en todo el sistema penal, lo que explicaría también el refuerzo de su presencia en el expediente de indulto.

¹⁵⁶ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, corregida y aumentada por AGUIRRE/MONTALBÁN, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente, tomo 8, Parte criminal, Libro I: Nociones generales sobre la legislación penal*, Imprenta I. Boix, Madrid, 1845, p. 278, sobre el carácter indispensable del perdón del ofendido; SEGARRA CRESPO, «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad. Incidentes de paralización y/o aplazamiento. Especial análisis del indulto», material proporcionado en curso de formación continuada de Fiscales sobre novedades en materia de ejecución, Centro de Estudios Jurídicos, 13 de marzo de 2014, p. 5.

CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale*, Tipografía Giusti, Lucca, 1867, 2ª ed., p. 426, § 709, advirtió que tal argumento se anclaba en la idea de venganza privada en la punición de los delitos. El art. 21 CP 1848 circunscribía los efectos del perdón del ofendido a la responsabilidad civil (que se trasladaría al art. 24 CP 1870). En este sentido, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo II, Imprenta de T. Arraiz, Burgos, 1872, pp. 105-106.

¹⁵⁷ El comienzo del art. 83 de la Ley Electoral de 8 de agosto de 1907 (Gaceta de Madrid núm. 222, 10 de agosto de 1907) disponía: «No se dará curso por el Ministerio de Gracia y Justicia, ni se informará a los Tribunales ni por el Consejo de Estado, solicitud alguna de indulto en causa por delitos electorales, sin que conste previamente que los solicitantes han cumplido, por lo menos, la mitad del tiempo de su condena en las penas personales y satisfecho la totalidad de las pecuniarias y las costas».

¹⁵⁸ TOMÁS Y VALIENTE, «La gracia y la justicia»; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 68-69. En esta dirección, influyendo la opinión de los dos últimos autores, se posiciona el Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 14 de junio de 2000 (causa especial núm. 2940/1997): «Esta Sala, por lo demás, no puede compartir el criterio del Ministerio Fiscal respecto de la no exigibilidad del arrepentimiento como presupuesto de la concesión del indulto. Es evidente que el arrepentimiento es uno de los elementos que se debe considerar desde el punto de vista de la prevención general, puesto que el deterioro de esta función de la pena sería intolerable si se indultara a personas que se niegan a reconocer la vigencia de la norma que han violado conscientemente».

Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, «De nuevo, el perdón», editorial de Indret, núm. 4, 24 de octubre de 2011, p. 3: «¿puede requerir el perdón además un acto adicional previo de arrepentimiento? ¿y, con él, una previa petición expresa? Seguramente no haya que llegar tan lejos. Como tampoco cabría probablemente pedir del sujeto pasivo un perdón “puro”, si se entiende por tal únicamente el incondicionado».

¹⁵⁹ Conforme a lo dispuesto en los arts. 109 ss. y 319. 3 CP, la responsabilidad civil también podría comprender la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas. Interesante a este respecto es el RD 863/2013, de 31 de octubre –BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2013–, que condicionó la concesión a dicha demolición.

DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 514; Propuesta 87. 2 del Informe «Sociedad Civil contra la Corrupción» coordinado por la Fundación por la Justicia publicado el 16 de febrero de 2015: «2. Prohibición de indultos en tanto en cuanto (...) no se hayan satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito».

RUIZ MUÑOZ, «Sobre el perdón y unos pañales», en Almacén de Derecho, 6 de septiembre de 2016, p. 2, apunta, asumiendo la perspectiva del Derecho de competencia, a la reparación como muestra tangible del arrepentimiento, considerado por dicho autor como requisito del perdón: «no es suficiente con las muestras de pesar o de pesadumbre, esto son formas expresivas de arrepentimiento inauténtico o de mero arrepentimiento, la culpa sólo queda liberada a través de la acción reparadora de los efectos perniciosos».

(iv) otorgar, en general, mayor protagonismo al poder judicial en la tramitación del expediente de indulto¹⁶¹.

A este último conjunto pertenecen aquellas iniciativas que abogan por restringir la potestad de inicio del expediente (y la eventual supervisión ulterior del otorgamiento del indulto) al órgano judicial que ha dictado la sentencia¹⁶²; o que lo amplían, reforzando la posibilidad de que el juez de vigilancia penitenciaria inste autónomamente su concesión¹⁶³.

Un aspecto práctico, por último, en el que se pretende incidir, es la agilidad de la tramitación del procedimiento para conseguir acortar los dilatados plazos en los que la decisión se alcanza¹⁶⁴.

Como ya se anticipó, la cuarta dirección que asumen las propuestas de reforma se basa en el ámbito material en que puede incidir el indulto, planteando alterar el contenido del art. 1 LI¹⁶⁵, conforme al modelo de exclusión seguido por el art. 160 del CP 1822 y asumido por el régimen excepcional de concesión de la libertad condicional del art. 90. 3 *in fine* CP (en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales). La mayoría de las propuestas se refieren a los concretos delitos «que pueden ser indultados» o, mejor, a los delitos «que no pueden ser indultados»¹⁶⁶. Entrecomillo dichas expresiones, a todas luces erradas, habida cuenta de que, a pesar de la reiteración con la que son empleadas, el indulto no produce efecto alguno sobre el

Como nos decía Castilla del Pino, el mero arrepentimiento es la última trampa que el sujeto culpable se tiende y nos tiende para que se le perdone, sin que tenga que hacer de otra manera a como hizo, porque sólo la reparación constituye la auténtica praxis frente a la culpa».

¹⁶⁰ BUSTOS GISBERT en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 45; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 26, 44.

¹⁶¹ En la línea que ya apuntó MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 37, 42.

¹⁶² ESPINA, «La reforma del indulto», en *Diario del Derecho*, 11 de marzo de 2013; FERRI, *Sociología criminal*, Fratelli Bocca, Turín, 1900, 4ª ed., p. 851; GUIL ROMÁN, reportaje «Capítulo 155. Indultos: la trampilla de la ley», *LaSexta Columna*, emitido el 9 de septiembre de 2016, (46:30-46:36).

¹⁶³ VIANA BALLESTER, reportaje «Capítulo 155. Indultos: la trampilla de la ley», *LaSexta Columna*, emitido el 9 de septiembre de 2016, (46:37-46:42).

VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (24:50-30:36) defiende la virtualidad del indulto y propone las siguientes modificaciones: que solo el Juez de Instancia o el de Vigilancia Penitenciaria puedan pedirlo; motivación; excluir su empleo como instrumento de política criminal; control jurisdiccional a posteriori; y transparencia.

¹⁶⁴ Comparecencia del Secretario de Estado de Justicia, LÓPEZ GUERRA, celebrada el 4 de octubre de 2005, ante la Comisión de Justicia (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Justicia, núm. 386, sesión núm. 21, de 4 de octubre de 2005, p. 14).

Sorprende la conclusión alcanzada por JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy», pp. 81, 95-96, 99; mismos autores, «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», p. 6, en virtud de la cual, cuanto más elevada es la cuantía de la pena de multa impuesta, más rápida es su concesión.

¹⁶⁵ SANTOS, M. H., «La discrecional potestad del Gobierno a la hora de conceder indultos», en *El País*, 15 de abril de 2017, destaca que, conforme al actual régimen, puede indultarse a cualquier condenado (con independencia de cuál sea el delito cometido), por cualquier pena. Sin embargo, olvida la restricción establecida en el art. 102. 3 CE.

¹⁶⁶ BUSTOS GISBERT en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 45; DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 514; ESPINA, «La reforma del indulto»; PICAZO ESCRIBANO, *La eficiencia y la equidad de la justicia en cifras: La excepcionalidad del indulto*, Trabajo Fin de Grado, Universidad Carlos III de Madrid, diapositiva 33.

delito, del que no se deriva referencia alguna para su otorgamiento, sino respecto de la pena del sujeto condenado por la comisión de un determinado hecho delictivo¹⁶⁷.

Efectuada la anterior precisión, conscientes de lo insatisfactorio de la propuesta para quienes defienden al indulto como mecanismo de corrección –sería indiferente el delito subyacente y, por tanto, dicha limitación carecería de sentido¹⁶⁸– y sabedores de que la figura del indulto se relaciona tanto con la imagen que un determinado (o potencial) Ejecutivo¹⁶⁹ quiere transmitir a la opinión pública¹⁷⁰ como con el pretendido desarrollo de una determinada política criminal¹⁷¹, debe destacarse que en los últimos tiempos no han sido escasas las propuestas e intervenciones aparecidas en este sentido¹⁷².

En ellas se insta a adoptar medidas para no otorgar indultos:

(i) Por corrupción, siguiendo el modelo empleado en Nigeria¹⁷³.

¹⁶⁷ En el mismo sentido, GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 29.

¹⁶⁸ DOVAL PAIS, «Delitos de corrupción pública: indultos y condenas», en JAREÑO LEAL (Dir.), *Corrupción política. Cuestiones de Política criminal*, Ed. Iustel, Madrid, 2014, pp. 45-46, nota 51, 62, advierte de la confrontación que podría existir entre la exclusión de categorías enteras de delitos y los fines que se asignan a la figura, para concluir: «pero si el indulto es un instrumento que debe mantenerse dada su utilidad para responder adecuadamente a las necesidades de pena en determinados casos extraordinarios, ninguna clase de delito debe quedar sustraída a esta posibilidad, por lo que deben plantearse soluciones menos extremas, como las que proponen el establecimiento de límites que dificulten por otras vías las condiciones arbitrarias»; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 34-36.

¹⁶⁹ La figura del indulto y la concesión de indultos a condenados por “corrupción”, no fueron marginadas como tema en las elecciones generales celebradas el 26 de junio de 2016 (http://www.eldiario.es/politica/indultos-corruptos-dado-Gobierno-Rajoy_0_526348334.html, consultado el 22 de junio de 2016).

¹⁷⁰ Vid. apartado 4.4.6.2. *El indulto otorgado por razones electorales y de cercanía*.

¹⁷¹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, en entrevista concedida el 25 de marzo de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 316, 318; mismo autor, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, 2016, pp. 315, 317, 325; DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO/FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA/VIANA BALLESTER/SANDOVAL CORONADO, «Las concesiones de indultos en España (2000-2008)», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 9, artículo 5, 2011, pp. 25-26 (resumen integral en SEGARRA CRESPO, «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad», p. 5); GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 210-211, 262; misma autora, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», pp. 615-617, 621-623; LÓPEZ AGUILAR en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 45, desdobra entre razones de política criminal o de política penitenciaria; OBAMA, «The president’s role in advancing criminal justice reform», en *Harvard Law Review*, vol. 130, núm. 3, enero de 2017, pp. 812, 835-838, identifica al indulto como una herramienta (infrautilizada) que no solo serviría para corregir injusticias sino para avanzar reformas penales. Razonablemente críticos DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 42: «¿Debe servir como instrumento para la política-criminal (en su sentido de actividad que consiste en establecer directrices para la prevención y la respuesta al delito)? Entendemos que, desde luego, no es el instrumento adecuado para ello»; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 59-60.

¹⁷² Interesante el estudio histórico efectuado por MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 32-34, 36.

En contra de este tipo de propuestas, RODRÍGUEZ-DÍAZ VERGARA en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 49; BELLOCH JULBE, en entrevista concedida el 20 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 280-281, entiende que debe quedar a discreción del Gobierno y del sentido común; BRAVO RIVERA, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 335; QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 249-250; RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 346-348.

¹⁷³ Lo impide el art. 18. 7 de la Primera Parte del Quinto Anexo de la Constitución de la República Federal de Nigeria, relativo al Código de conducta de funcionarios públicos: «The provisions of this Constitution relating

(ii) Cuando se trate de delitos cometidos por una autoridad en el ejercicio de su función o cargo público¹⁷⁴ (como actualmente se prevé en Cuba¹⁷⁵), o prevaliéndose del mismo, con la finalidad de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero. Con ello se superaría la tibia exclusión contenida en el primer párrafo del art. 6 LI relativa a la inhabilitación para cargos públicos (que actualmente debe entenderse referida a la inhabilitación absoluta y especial para empleo o cargo público ex arts. 41 y 42)¹⁷⁶.

(iii) A personas condenadas por delitos relacionados con la violencia de género¹⁷⁷, como ya se prevé en determinados ordenamientos¹⁷⁸. O

(iv) Por otros delitos que se reputan graves (tales como el genocidio¹⁷⁹, la tortura –introduciendo expresamente su exclusión¹⁸⁰ siguiendo el modelo de Brasil¹⁸¹–, la

to prerogative of mercy shall not apply to any punishment imposed in accordance with the provisions of this paragraph».

CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 52-53; LÓPEZ AGUILAR en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 46.

¹⁷⁴ Límite anticipado en el art. 160. Séptimo del CP 1822: «*En ningún caso puede obtener indulto particular el que haya cometido (...) delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones*». El Decreto de 7 de diciembre de 1866 (Gaceta de Madrid núm. 345, de 11 de diciembre de 1866) también lo contemplaba en su art. 3, segundo párrafo: «*En el mismo caso se prohíben absolutamente las [solicitudes de indulto] de clases ó corporaciones oficiales y las de funcionarios públicos y Autoridades, aunque sea en singular*».

¹⁷⁵ Art. II. 1) de la Ley de indultos de la República de Cuba, de 15 de agosto de 1919 (Gaceta Oficial Extraordinaria, de 25 de agosto de 1919).

¹⁷⁶ Párrafo primero del art. 6 LI: «*El indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la Autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas, si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión*».

¹⁷⁷ En esta línea, también la Proposición de Ley de reforma de la Ley de 18 de junio de 1870 de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto presentada el 1 de agosto de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista [BOCG núm. 20-1, de 9 de septiembre de 2016], instando el cambio de redacción del actual art. 3 LI; y la propuesta planteada en el seno de la Comisión de Igualdad en reunión de 20 de abril de 2016 (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Igualdad, núm. 56, sesión de 20 de abril de 2016, p. 11) en la que se aprobó: «*Llevar a cabo las modificaciones legales pertinentes para prohibir la concesión de indulto en cualquier delito vinculado a la violencia de género*».

En la rueda de prensa posterior a la celebración del Consejo de Ministros del 22 de julio de 2016 en el que se decidió el otorgamiento del indulto concedido en virtud de RD 305/2016, de 22 de julio, la vicepresidenta y portavoz del Gobierno insistió –como ya lo hiciera en la rueda de prensa dada el 18 de marzo de 2016 (vid. nota al pie 1141)–: «*Damos respuesta con esto el Gobierno a una situación muy particular, en la que concurren circunstancias excepcionales vinculadas a delitos de violencia de género. Como ustedes saben, en todo este tipo de situaciones el Consejo de Ministros lo está tratando con especial atención y, aunque no es el caso, porque es distinto, el Consejo de Ministros no ha concedido un indulto por violencia de género en toda la Legislatura. Habida cuenta de nuestra política penal en este punto, porque nosotros en los indultos tratamos de guiarnos por nuestra política penal y penitenciaria, hemos considerado que no se pueden dar indultos en el ámbito de la violencia de género y que, en estos casos, por las especiales circunstancias del caso, nos parecía más oportuno conmutar un ingreso en prisión, o sea, hacemos un indulto parcial, por un tiempo de trabajo en beneficio de la comunidad*».

¹⁷⁸ Art. 252 bis del CP boliviano, conforme a la modificación operada en virtud de la Ley núm. 348, de 9 de marzo de 2013, integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia.

¹⁷⁹ TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», en *Revue française de droit constitutionnel* núm. 79, julio de 2009, pp. 536-537.

¹⁸⁰ En las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España emitidas por el Comité contra la tortura de Naciones Unidas, aprobadas en su sesión celebrada el 15 de mayo de 2015 se recomendaba expresamente tal modificación legislativa.

¹⁸¹ El inciso XLIII del art. 5 de la Constitución Federal de la República de Brasil dispone: «*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e*

prevaricación judicial¹⁸², el terrorismo –asumiendo el esquema chileno¹⁸³– o el tráfico de drogas a gran escala¹⁸⁴).

Como muestra de la actualidad de esta cuestión, se encuentran las numerosas manifestaciones e insistentes propuestas de reforma de la LI dirigidas en esta dirección¹⁸⁵. Entre las primeras, destaca la reciente intervención del Ministro de Justicia de la XII Legislatura en su comparecencia de 5 de diciembre de 2016 para explicar las líneas generales de la política a seguir por dicho Ministerio, explicando su intención de establecer la prohibición legal de indultar a condenados por corrupción¹⁸⁶. Según CATALÁ

drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem».

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», en *Indret*, núm. 3, julio de 2016, p. 34, nota 125, si bien no propone la reforma de la LI, destaca el carácter no indultable de la tortura, de conformidad con la jurisprudencia emanada del TEDH que analiza en profundidad.

¹⁸² PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 68. Dichos autores asumen los argumentos esgrimidos en el Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 14 de junio de 2000 (causa especial núm. 2940/1997): «*Las razones de justicia o equidad que justificarían renunciar a la ejecución no son un fundamento para que el Poder Ejecutivo pueda modificar discrecionalmente las sentencias del Poder Judicial, sino para eliminar una cierta incompatibilidad entre la rigurosa aplicación de la ley y la valoración ético-social que merece el hecho objeto de la condena. A Juicio de este Tribunal Supremo tal disonancia no se da en el presente caso. El propio Consejo General del Poder Judicial ha considerado, a propósito del proceso que dio lugar a la condena cuyo indulto se solicita, que el delito de prevaricación es el más grave que se puede imputar a un Juez. Por lo tanto, cuando un Juez ha prevaricado el indulto carecerá completamente de razones de justicia o equidad, precisamente porque la reprobación del orden jurídico coincide con la desaprobación ética de la sociedad. (...) La gravedad del delito es consecuencia del ataque frontal que la prevaricación representa para el Estado de Derecho en el que los jueces y todas las autoridades públicas están vinculadas al imperio de la ley. Probablemente por ello, no se tiene conocimiento de que en alguno de los pocos casos de condena por prevaricación judicial de la historia de los Tribunales españoles se haya indultado a un juez prevaricador».*

¹⁸³ El art. 9 de la Constitución Política de la República de Chile excluye el indulto particular por delitos de terrorismo (el indulto general lo permite su art. 63. 16), con dos salvedades: (i) la conmutación de la pena de muerte por la de presidio perpetuo; y (ii) los delitos cometidos antes del 11 de marzo de 1990 (conforme a su Disposición Transitoria Séptima). La aprobación de la Ley 19055, de 1 de abril de 1991 que introdujo dicha configuración constitucional no fue pacífica. Vid. GUZMÁN ERRÁZURIZ, «Indulto presidencial y terrorismo», en *Revista de Derecho Público*, núm. 50, 1991, *passim* (especialmente, pp. 284, 286-288, 291).

¹⁸⁴ MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en "razones de equidad, justicia o utilidad pública"», en DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir.) / DE LA MATA BARRANCO (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 295.

¹⁸⁵ DOVAL PAIS, «Delitos de corrupción pública: indultos y condenas», pp. 45-47.

¹⁸⁶ Vid. DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», pp. 15-16, 25, sobre la práctica de declaraciones de los representantes de los Gobiernos respecto de la exclusión de indulto de determinados delitos y la constatación de que: «*las prácticas de concesión de indulto contradicen lo declarado por los ministros*» (p. 16); mismos autores, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 171, mayo de 2012, p. 47. Empíricamente dichos autores demostraron que el indulto se otorgaba respecto de penas por cualquier clase de delitos, contradiciendo las declaraciones ministeriales. Ya en 1874, apuntaba a esta divergencia MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 32.

En relación a las declaraciones ministeriales sobre este particular, destacan las entrevistas concedidas a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, en las que se apunta a esta serie de delitos que en principio son excluidos de la concesión por decisión de los responsables políticos (en contraposición a otra serie que pueden ser más proclives a su indulto). Así, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en relación con los delitos de violación o agresiones sexuales (p. 226), DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, a los violadores (p. 248), BELLOCH JULBE, sobre la exclusión de tráfico de drogas y violación (p. 272), LÓPEZ AGUILAR, excluye los delitos relacionados con corrupción, enjuiciamiento ilícito, seguridad del tráfico, violencia de género (pp. 298, 304), BRAVO RIVERA, sobre el rechazo a delitos contra la libertad sexual o de tráfico (p. 321) o RUIZ-GALLARDÓN

POLO, quien ya se había pronunciado en idéntico sentido el 19 de noviembre de 2014¹⁸⁷, ello implica una objetivación del ejercicio del derecho de gracia y un reforzamiento de la ejemplaridad del ejercicio político¹⁸⁸. Pronunciamientos como el anterior no eran novedosos¹⁸⁹. LÓPEZ AGUILAR, en su calidad de Ministro de Justicia, ya en 2004 efectuó similares declaraciones en relación a la necesaria exclusión de indulto (si bien en la práctica, sin elevar dicha exclusión al texto normativo) de aquellos condenados por violencia de género, enriquecimiento ilícito en el ejercicio de cargos públicos o los delitos contra la seguridad vial¹⁹⁰.

En cuanto a las segundas y a título de ejemplo, se destacan cinco propuestas de reforma de la LI en este sentido¹⁹¹:

(i) La Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes presentada el 15 de septiembre de 2016 por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos¹⁹². Además de proponer la reintroducción expresa del requisito de motivación y la expresión del origen de la solicitud de indulto, inciden en la necesidad de que se modifique el art. 3 LI para excluir de la concesión de indultos a condenados: (i) por delitos de terrorismo, de financiación ilegal de los partidos políticos o contra la Administración Pública, en todo caso; y (ii) delitos contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social, salvo que medie informe favorable del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal. Justifican dicha propuesta en la percepción de impunidad que la ciudadanía aprecia cuando el poder político se «autoabsuelva» por determinados delitos y en el desgaste que determinadas concesiones de indultos pueden originar en el sentimiento de que todos

JIMÉNEZ, sobre la exclusión, de facto, de determinados delitos (corrupción, violencia doméstica y seguridad vial) –p. 337–.

¹⁸⁷ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 241, sesión de 19 de noviembre de 2014, p. 15: «*en ningún caso se concede un indulto que tenga que ver con delitos asociados con la corrupción*».

¹⁸⁸ En su comparecencia del Ministro de Justicia, celebrada el 5 de diciembre de 2016, ante la Comisión de Justicia (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia, núm. 70, sesión núm. 5, de 5 de diciembre de 2016, pp. 14, 49) subraya que en los dos últimos años: «*no se ha concedido ni un solo indulto a nadie que haya sido condenado por algún delito vinculado con la corrupción, ni tampoco con la violencia de género, familiar o con los accidentes de tráfico*» (p. 14).

¹⁸⁹ Otras propuestas anteriores, vid. HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 62-67.

¹⁹⁰ Diario de sesiones de la Comisión de Justicia, núm. 33, sesión de 25 de mayo de 2004, p. 39: «*la violencia de género no tendrá ningún pase, no porque algún caso individual no pueda merecer compasión sino porque no se trata de discutir eso, se trata de lanzar un mensaje socialmente inequívoco, de determinación total para erradicar la violencia de género con la misma fuerza y energía que el terrorismo. Mal absoluto el terrorismo, mal absoluto la violencia de género. Por tanto, la violencia de género no va a tener ningún pase. De la misma manera decimos que no van a tener pase los delitos relacionados con el enriquecimiento ilícito en el ejercicio de cargos públicos, porque es un compromiso, una apuesta de honestidad y decencia en el ejercicio de los cargos públicos. Podemos decir igualmente que vamos a ser duros e implacables con los que ponen en riesgo la seguridad de los demás incurriendo en delitos contra la seguridad vial*».

TOBELLA, «El Gobierno dosifica los indultos», *El País*, 10 de noviembre de 2013.

¹⁹¹ Criticadas expresamente en las Conclusiones de las XXVI de las Jornadas Nacionales de Juezas y Jueces Decanos de España celebrada entre el 24 y 26 de octubre de 2016. En las propuestas para eliminar la apariencia de politización (p. 13), sostienen que no basta con excluir determinados delitos del ámbito de aplicación de la LI (como la corrupción o la violencia de género) porque, para el resto de supuestos, el indulto seguirá siendo una excepción a la independencia judicial. Por ello, concluyen que para casos muy excepcionales (para mitigar la rigurosa o tardía aplicación de la ley) pueda acudir al indulto que habrá de ser siempre motivado y requerir, al menos, informe favorable del tribunal sentenciador.

¹⁹² BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 33-1, de 23 de septiembre de 2016, pp. 1-30.

somos iguales ante la ley¹⁹³. El 21 de febrero de 2017, el Congreso aprobó dar trámite a dicha propuesta¹⁹⁴.

(ii) La Proposición de Ley de reforma de la Ley de 18 de junio de 1870 de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto presentada el 1 de agosto de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista¹⁹⁵, en virtud de la cual se promueve, además de la motivación de las decisiones de concesión en las que habrá de señalarse el origen de su propuesta, la modificación de la redacción del actual art. 3 LI. Con dicha propuesta se pretende excluir de la concesión de los indultos aquellas condenas relacionadas con violencia de género y los delitos cometidos por una autoridad en el ejercicio de su función y cargo público o prevaleciendo del mismo, si hubiera mediado finalidad de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero¹⁹⁶. El 14 de febrero de 2017 se aprobó en el Congreso tramitar dicha proposición¹⁹⁷ que, como se explicó por el Grupo Parlamentario proponente, pretendía mostrar el rechazo y la tolerancia cero con la corrupción y con la violencia de género y, adicionalmente, atendiendo a motivos de prevención general, mandar un mensaje inequívoco de que las sentencias relacionadas con estos delitos se cumplirán inexorablemente¹⁹⁸.

(iii) La Proposición de Ley de reforma de la LI, presentada el 14 de enero de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista¹⁹⁹, caducada con motivo de la disolución de las Cortes, no solo recogía la necesaria exteriorización de los motivos que hubieran dado lugar a la concesión (arts. 5 y 30), sino que, en su art. 3 contemplaba la prohibición de concesión de indulto cuando se tratase de delitos cometidos por la autoridad en el ejercicio de su función o cargo público, o prevaleciendo del mismo, con la finalidad de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, y los delitos relacionados con la violencia de género.

(iv) La Proposición no de Ley sobre la concesión de indulto en casos de corrupción presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 5 de septiembre de 2012²⁰⁰.

(v) El art. 1 de la Proposición no de Ley sobre la reforma de la LI presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA, La Izquierda Plural, de 22 de marzo de 2012²⁰¹, recogía un catálogo abierto de exclusiones: «*Quedan expresamente excluidos del ámbito*

¹⁹³ CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 41, sobre la potencial percepción de impunidad y privilegio de la sociedad; FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas»; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 7; MUÑOZ BLANCO, *El indulto en España: “El poder ejecutivo bajo sospecha”*, Trabajo Fin de Grado tutorizado por SOLETO MUÑOZ, Universidad Carlos III de Madrid, curso académico 2012-2013, pp. 6, 33-34, en relación con la percepción de que el indulto pueda ser empleado como instrumento de autoprotección.

¹⁹⁴ BOCG, Pleno y Diputación Permanente, núm. 32, sesión plenaria núm. 30, de 21 de febrero de 2017, pp. 1, 5-6, 10-13, 16, 24-26, 72.

¹⁹⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 20-1, de 9 de septiembre de 2016.

¹⁹⁶ ÁLVAREZ SUÁREZ, «El indulto: líneas de futuro», p. 4, critica la exclusión subjetiva que supondría para quienes participen en el delito sin ostentar tal condición.

¹⁹⁷ BOCG, Pleno y Diputación Permanente, núm. 29, sesión plenaria núm. 27, de 14 de febrero de 2017, pp. 1-3, 5-19, 53, 73.

¹⁹⁸ CAMPO MORENO al defender la Proposición de Ley de reforma de la Ley de 18 de junio de 1870 de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto presentada el 1 de agosto de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Pleno y Diputación Permanente, núm. 29, sesión plenaria núm. 27, de 14 de febrero de 2017, pp. 6-7).

¹⁹⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 14-1, de 10 de febrero de 2016, pp. 1-3.

²⁰⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 144, de 14 de septiembre de 2012, p. 11.

²⁰¹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 194, 14 de diciembre de 2012, p. 6.

del indulto, entre otros, los siguientes delitos: a) Los delitos de estafa, apropiación indebida, insolvencia punible, alzamiento de bienes, blanqueo de dinero; b) Los delitos masa; c) Los delitos societarios, contra la Administración Pública y la Hacienda Pública; d) Los delitos de malversación y fraude; e) Los delitos de prevaricación urbanística; f) Los delitos de terrorismo, tenencia de armas, explosivos y colaboración con banda armada; g) Los delitos de tortura; h) Los delitos electorales; i) Las delitos ecológicos».

Otro grupo de iniciativas referidas a la limitación del ámbito material, más precisas técnicamente, inciden en el tipo de penas susceptibles de ser indultadas²⁰².

También se propone, no pacíficamente, acotar el campo de aplicación del indulto y asumir un sistema *numerus clausus* de motivos que permitan su adopción²⁰³.

La quinta medida, relacionada con la exigencia de una motivación de las decisiones, se basa en la necesidad de mejorar la transparencia respecto de una institución caracterizada por su opacidad o hermetismo²⁰⁴, facilitando, puntual o periódicamente²⁰⁵, datos oficiales completos

²⁰² Propuesta 87. 3 del Informe «Sociedad Civil contra la Corrupción» coordinado por la Fundación por la Justicia publicado el 16 de febrero de 2015: «*El indulto no puede afectar en ningún caso a la inhabilitación para ejercer el cargo público o la actividad desde la que se realizaron los hechos*». En el mismo sentido, DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 514.

²⁰³ PÉREZ FRANCESH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 70-71; LÓPEZ AGUILAR en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 46, plantea una propuesta curiosa, consistente en que el Gobierno publique sus directrices generales de la política de indultos al comienzo de cada legislatura.

En contra, DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 99-100, mayo-diciembre de 2014, p. 1179: «*Las pretensiones de reconducir las funciones y razones, de restringirlas y cuasi reglarlas, de juridificarlas y extraerlas del ámbito de la política o políticas, ni coincide con la configuración de la institución ni parece lógico ni conveniente, por más que el objetivo último sea garantizar así la tutela judicial y evitar que el indulto pueda servir a intereses espurios o arbitrarios*»; LINDE PANIAGUA, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», p. 165; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 38: «*La perspectiva humana, además, no puede prever todas las contingencias de la vida del penado, ni, por consiguiente, fijar à priori y taxativamente los casos de indulto, que pueden serlo, entre otros muchos, un servicio especialísimo, una enfermedad crónica, los achaques de la vejez, una serie de causas, en fin, que no se pueden encerrar en los estrechos límites de una disposición reglamentaria*».

²⁰⁴ ABREU J./JIMÉNEZ, J.L., «¿Son progresivos los indultos en España?», versión de trabajo en ejecución datada en marzo de 2017 (pendiente de publicar), p. 3; BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 23-24; mismo autor, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», pp. 316, 320; CID/TÉBAR, «Spain», en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL, *Release from Prison, European policy and practice*, Ed. Routledge, Abingdon-Nueva York, 2010, p. 362, nota al pie 3; DE CÓZAR PALMA/CEBERIO BELAZA, «468 indultos en 11 meses de Rajoy», en El País, 2 de diciembre de 2012; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», en CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, p. 123; DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», p. 1180; GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», en Revista Jurídica de Canarias, núm. 16, 2010, p. 63; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», pp. 1, 6; MARÍAS FRANCO, «Indultos a manos llenas», en El País, el 10 de febrero de 2013, define a la institución como opaca y hermética y llega a tildar su concesión de «tenebrosa»; MUÑOZ BLANCO, *El indulto en España*, pp. 40-41; NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 1; POZUELO PÉREZ, en la reunión del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, celebrada el 16 de noviembre de 2016, destaca la falta de transparencia en relación con el procedimiento de concesión en EE. UU.

²⁰⁵ KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 638, sobre la necesidad de dar cuenta inmediatamente de cada decisión de indulto y permitir a una mayoría cualificada la revocación de las decisiones; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», en Chicago-Kent Law Review, vol. 74, núm. 4, 2000, p. 1535, propone la rendición de cuentas anual; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», p. 835.

y detallados sobre las concesiones y denegaciones²⁰⁶. La orientación de este subgrupo de propuestas comparte las premisas que culminaron con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En su Exposición de Motivos se subrayaba la relevancia de que la acción de los responsables públicos se someta a escrutinio para que los ciudadanos puedan conocer cómo se adoptan las decisiones que les afectan o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones.

Aunque insuficiente²⁰⁷, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, podría quedar comprendida en este bloque de iniciativas ya que su Disposición adicional tercera establecía la obligación de que el Gobierno remitiera semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre la concesión y denegación de los indultos. Dicha Ley aprovechaba para reformar la LI, añadiendo una disposición adicional en el mismo sentido. Sin embargo y a pesar de la prescripción legal, no consta que aún dicho informe haya sido remitido, bajo el pretexto de haber estado el Gobierno largo tiempo en funciones²⁰⁸. No obstante, se prevé que, a finales de junio de 2017, un representante del Gobierno (alto cargo del Ministerio de Justicia) comparezca ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados para cumplir, por primera vez, con aquella obligación de información²⁰⁹.

Cualquier lector avizor se habrá percatado de que dichas proposiciones están centradas en mejorar el régimen de aplicación de una institución cuya legitimación parece no discutirse²¹⁰. Sin embargo y al margen del mérito y respeto que todas ellas merecen, se asume que dicha premisa de partida, la justificación de la figura, no puede admitirse acriticamente. Precisamente a resolver la cuestión de la actual legitimación del indulto es a lo que se dirige esta investigación.

²⁰⁶ En este sentido, la Fundación Civio, promotora del destacable proyecto El Indultómetro, en su «Decálogo de propuestas de transparencia para los partidos ante las elecciones generales», publicado con motivo de las celebradas el 20 de diciembre de 2015 (<http://propuestas.civio.es/#publicacion-de-las-motivaciones-y-denegaciones-de-indultos-de-forma-argumentada>, consultado el 2 de junio de 2016).

DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», pp. 1, 3, 6, 9, 10, 24, destacan la ausencia de estadísticas de acceso público que implican una falta de transparencia en la utilización de la figura; mismos autores, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», pp. 45, 50; DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 44; GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1091.

²⁰⁷ GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1091, también crítico; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», p. 9, la tilda de «tímida».

²⁰⁸ MATEO, J. J., «El Congreso controlará por primera vez la concesión de indultos» en El País, 10 de abril de 2017: «El Ejecutivo cumplirá así por primera vez con la obligación legal de informar semestralmente sobre estas polémicas decisiones, que no atendió en 2016 porque estaba en funciones, según fuentes de la Secretaría de Estado de relaciones con las Cortes. (...) El Ejecutivo se escudó en su interinidad para no cumplir en 2016 con la obligación de informar semestralmente a la Cámara sobre los indultos, como establece el Código Penal desde su reforma de 2015»; VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (29:25-30:36).

²⁰⁹ MATEO, J. J., «El Congreso controlará por primera vez la concesión de indultos».

²¹⁰ Así, por ejemplo, MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 291.

1.1.2. Sobre la necesidad de valorar la justificación actual de la figura de indulto

La costumbre de la institución del indulto, su aducida «legitimidad histórica»²¹¹ y su continuidad generalizada son utilizadas frecuentemente como argumento a su favor²¹², empleando un razonamiento regular ya observado por TUCKER²¹³ –¿Por qué si no habría subsistido? ¿Por qué si no, se asume generalizadamente por todos los Estados con independencia del régimen que guíe su gobierno²¹⁴, incluso por los que se consideran más avanzados²¹⁵?²¹⁶–. Sin embargo, acogiendo las reflexiones expuestas por ARENAL²¹⁷, no han de admitirse «los hechos como argumentos, ni a inferir su justicia de su antigüedad»²¹⁸.

Si se defiende dogmáticamente la necesaria pervivencia de una institución, habremos de ser capaces de proporcionar razones que puedan justificar aquella –argumentos solventes a plantear en contra de una eventual petición de abolición encontrada–. De lo contrario y llevando el argumento hasta un extremo dialéctico tan exagerado como ilustrativo, se normalizaría que pudiera llegarse a aseverar que era inexcusable continuar con el régimen de la esclavitud (solo porque éste contaba con una larga trayectoria temporal y era una práctica

²¹¹ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 49; SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», en Blogspot, 20 de noviembre de 2012, p. 8.

²¹² Argumentos, por lo demás, utilizados recurrentemente en ámbitos extrajurídicos como, por ejemplo, la tauromaquia.

BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 12-13, 82-95, incidiendo en el estudio de la normativa vigente entonces en China, el reino de Annam, América o Europa; CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 283-284; NICOSIA, voz «Grazia», en AZARA/EULA (Dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, tomo VIII, Ed. UTE Torinese, Turín, 1968, p. 7; VILLAR y GARCÍA, *La conveniencia civil y política del indulto, como regalía de la corona. Discurso leído en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia, el día 18 de enero de 1852, en la Universidad Central*, Imprenta Neira y Ducazal, Madrid, 1852, p. 9.

²¹³ TUCKER, *The light of nature*, vol. IV, Ed. Hilliard and Brown, Cambridge, 1831, 2ª ed., p. 395: «For it is a constant argument among the common people, that a thing must be done and ought to be done because it always has been done».

Cfr. SEBBA, «The pardoning power – A world survey», pp. 84-110, con un completo estudio acometido en los años 70 que constata su práctica generalizada en los distintos países –desde Afganistán a Zambia–. Adviértase que las referencias contenidas a los textos de los que dimana la potestad de perdonar corresponden a la data del trabajo. Por ello, en el caso de España, se refiere a la Ley Orgánica del Estado, núm. 1/1967, de 10 de enero, (p. 105). Un estudio más limitado, de 1992, el acometido por SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts, Gnade-Amnestie-Bewährung*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 1992, 2ª ed., pp. 146-153.

²¹⁴ Voto particular que formula RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ a la STS de 20 de noviembre de 2013.

DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 24, 546, 597, 600.

²¹⁵ Se prevé la potestad de indultar en los arts. 58 y 105 de la Constitución de la República de Finlandia, art. 20 Constitución del Reino de Noruega, art. 24 de la Constitución del Reino de Dinamarca, art. 13 del Capítulo 11 de la Constitución del Reino de Suecia o art. 29 de la Constitución de Islandia.

²¹⁶ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, Biblioteca Jurídica, La España Moderna, Madrid, 1893, p. 5: «tantas personas equitativas de diferentes épocas y países no podían estar de acuerdo en sostenerle si no le creyeran justo»; PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», en *Estudios de Derecho penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840 por D. Joaquín Francisco Pacheco*, tomo II, Ed. Boix, Madrid, 1843, pp. 270-271.

²¹⁷ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 8.

²¹⁸ En el mismo sentido, MILL, *Sobre la libertad*, 1859, en Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2004, 6ª reeimp., pp. 63, 146.

Es lo que HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», manuscrito presentado con motivo de la celebración del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», Madrid, 20 de abril de 2017, pp. 11-12, denomina el argumento de la falacia historicista.

compartida por países considerados civilizados –y, por tanto, que satisfacían el canon de referencia²¹⁹⁾²²⁰ o con los espectáculos gladiatorios²²¹.

Si en términos generales puede afirmarse que las reflexiones sobre el origen de cualquier figura son relevantes no solo para entender el pasado sino para aclarar cómo se proyecta configurar su régimen futuro –dado que el derecho vigente es un cálculo de contemplación del porvenir²²², el pasado como nuestro prólogo²²³–, esa esencialidad en el análisis genealógico se agudiza cuando la matriz del instituto que pretende someterse a examen marca características actuales determinantes de la institución. Ello es justamente lo que ocurre con el indulto.

Por lo tanto, esta investigación se propone profundizar en dicha cuestión, que se reputa sistemáticamente preliminar: primero deberá resolverse la cuestión relativa a la legitimación de la figura y solo si se resuelve la cuestión afirmativamente (de forma parcial o total), debe entrarse en el análisis de su régimen y de los mecanismos que puedan perfeccionarlo, de entenderse *afuncional*²²⁴.

La precedente reflexión desemboca en otra precisión preliminar que estoy obligada a plantear para comprender las bases de la investigación aquí presentada. Este análisis pretende centrarse en la institución y en el empleo de ésta, y no en el eventual abuso que se haya podido dar a la figura²²⁵. Distinguir el análisis de su utilización de su posible exceso –sin perjuicio de atender también a esta circunstancia cuando ello sea inevitable– aspira a alcanzar un estudio no solo más aséptico sino de mayor profundidad.

Al igual que se asume que nadie puede estar de acuerdo con el hecho de que se otorgue un indulto a cambio de una compensación económica, nadie puede defender el abuso dado a esta

²¹⁹ La esclavitud fue una institución ya practicada en la Edad Antigua, cuya vigencia transitó por la Atenas de Pericles y la Roma clásica hasta llegar a la Edad Media y Edad Moderna, renovándose durante la colonización de América con una utilización masiva. No fue abolida sino gracias al desarrollo de los movimientos surgidos a finales del siglo XVIII. Hasta entonces, se llegó incluso a acoger una visión aristotélica de la esclavitud entendiéndola como un fenómeno natural, con orígenes ancestrales y práctica generalizada y compartida. Sobre la clemencia y los esclavos vid. SÉNECA, *Los dos libros de clemencia, Libro Primero*, pp. 41-42.

²²⁰ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1978, p. 12: «Dieser rechtsstaatliche Anspruch auf das gesetzliche Recht steht hinter dem Spruch „Gnade kann nur Sklaven freuen, aber Männer brauchen Recht“».

²²¹ Con origen en las prácticas etruscas (s. VI a. C.) que tuvieron su máximo apogeo en Roma hasta su derogación por el Emperador Honorio en el año 404 d. C.

²²² ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 1958, en Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1977, pp. 21-22: «El momento presente es algo más que un mero punto temporal colocado al lado de los otros en la línea del tiempo. Se distingue de todos los demás en que es aquel punto del tiempo al cual ha llegado el curso de la realidad que está por entrar en el futuro»; «un corte del “ahora” está caracterizado por los problemas abiertos al futuro». Ello determina su concepción no como hecho histórico sino como cálculo en contemplación del futuro donde se funden los problemas de derecho vigente con problemas político-jurídicos relativos a la creación del derecho nuevo.

²²³ KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 621.

²²⁴ Sin embargo, AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 901-902, 912-913; mismo autor, «Derecho de gracia», pp. 59, 63; BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», en Justicia penal y derechos fundamentales, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 19, 24, vendrían a circunscribir la posible discusión al ámbito metajurídico o de la filosofía, dado que el texto constitucional habría zanjado la cuestión, por lo que la institución del indulto no podría ponerse en duda en el derecho positivo.

²²⁵ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 74: «Kein Rechtsinstitut sollte jedoch allein im Zerrspiegel des Mißbrauchs betrachtet werden».

(u otra) institución²²⁶. Por ello, fijar el foco de análisis en los excesos acaecidos, si bien puede ser útil para detectar anomalías, puede llegar a deformar los elementos de análisis por contaminación del entorno.

La presente investigación no parte de la preexistencia de una institución de la que se ha podido abusar para analizar qué cortapisas o correcciones pueden ser propuestas a los fines de optimizar y mejorar aquella utilización, impidiendo próximos desvíos; sino que pretende analizar neutralmente la figura y los empleos que le han sido asignados para concluir sobre su eventual necesidad de mantenimiento.

1.1.3. Premisas analíticas sobre las que se asienta la tesis

La precedente reflexión, la necesidad de valorar la justificación actual de la figura del indulto, conduce al primer punto de partida de la presente investigación, definitorio de su estructura. Como ya apuntaron BETTIOL y ROXIN, cualquier aproximación al análisis del Derecho penal no puede contentarse con una asunción de respuestas pretéritas, dado que en la resolución de los conflictos sociales a la que aquél está destinado, resulta primordial el análisis del contexto vigente en una doble dirección histórico-filosófica²²⁷.

Por ello, es necesario efectuar un análisis del indulto que permita comprender *hoy* la situación *presente* de la institución, atendidas las circunstancias *actuales*. Que para ello necesitemos bucear profunda y reflexivamente en los orígenes y evolución de la figura, resulta ineludible²²⁸. Sin embargo, dicho ejercicio de sumersión no ha de desatender el objetivo último de la investigación: comprobar si el indulto es una figura que pueda justificarse actualmente; y, de obtenerse una respuesta afirmativa, delimitar los presupuestos que legitimen su utilización en un Estado constitucional y democrático de Derecho (art. 1 CE).

Con la anterior consideración se arriba al segundo punto de partida de la investigación, ya adelantado. El indulto no es sino la renuncia del Estado, como titular, a que el *ius puniendi* sea ejecutado en su integridad; la renuncia a que la pena sea íntegramente ejecutada; levantar un castigo impuesto por el Estado en respuesta a la comisión de un determinado delito. Un estudio holístico de dicha institución como el que se pretende realizar no puede, por consiguiente, dejar de estar íntimamente relacionado con las teorías de la pena.

Nuevamente ROXIN incide en una cuestión esencial: si bien actualmente las discusiones jurídicopenales se desarrollan mayoritariamente al margen de las teorías de la pena, «no

²²⁶ MOORE, K. D., *Pardons*, p. 203.

²²⁷ BETTIOL, *Il problema penale*, Ed. Priulla, Palermo, 1948, 2ª ed., pp. 21-23, 34-: «Il diritto penale è una politica. (...) Quando si afferma che il diritto penale è una politica si intende per l'appunto affermare che senza la "comprensione" del momento politico e del "milieu" politico, nei quali una legislazione viene alla luce e opera, non si può affatto intendere la portata e l'intimo valore di essa»; mismo autor, *Diritto penale, Parte generale*, Ed. CEDAM, Padua, 1986, 12ª ed., pp. 13-17, descarta, sin embargo, que deba efectuarse necesariamente un análisis en profundidad de la evolución histórica para entender el encuadramiento histórico cultural actual de determinada legislación; ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», trad. por LUZÓN PEÑA, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, p. 11.

²²⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2010, p. 227: «Sin la comprensión del momento político en que una legislación penal nace no se puede entender el íntimo valor de la misma».

podemos renunciar a una concesión teórica cerrada del Derecho penal, porque sólo ella nos puede ofrecer una medida para las numerosas propuestas que surgen en la discusión de la reforma, y porque cada regulación concreta sólo puede cobrar significación dentro del todo y sólo según ello ser valiosa o inútil»²²⁹.

Toda vez que el ánimo de esta investigación es conseguir insertar las conclusiones que de ella se deriven de forma coordinada y cohesionada en ese *todo*, no se desatenderá el análisis que la figura de indulto merece en función de la teoría sobre el fin de la pena que se mantenga, ni rehuiré contrastar si la tesis que aquí se somete a verificación, supera las reflexiones que pudieran ser formuladas desde aquellos postulados.

Expuestas estas dos cuestiones preliminares, a las que se dedicarán sendos capítulos por el orden aquí enunciado, es el momento de formular la tesis que pretende contrastarse.

1.2. Propuesta de tesis sometida a verificación

Las dos premisas de partida de esta investigación se identifican con hechos notorios relacionados con la evolución del propio sistema penal. Como se advertirá, ambas hipótesis están estrechamente relacionadas entre sí, siendo analíticamente indisociables.

En primer lugar, actualmente nadie pone en duda que si bien el indulto encontraba un cómodo encaje y justificación en aquellos tiempos en los que las penas llegaban a suponerle la vida al condenado, en los que no resultaba infrecuente la imposición de castigos en forma de tortura o en los que se decretaba su encierro indiscriminadamente durante periodos tan amplísimos de tiempo que convertían a la pena en cruel, dicho escenario parece apriorísticamente, y a salvo las reflexiones que pudiera merecernos la introducción de la prisión permanente revisable en nuestro sistema, superado en el seno de nuestro ordenamiento jurídico.

La segunda hipótesis de trabajo consiste en advertir que el Derecho penal ha sufrido una evolución: ha elaborado y refinado sus principios guía, ha fortalecido sus fundamentos, ha incorporado al condenado no solo como centro de deberes sino también de derechos, ha conseguido establecer límites de adecuación de la respuesta penal y ha incorporado nuevas instituciones que flexibilizan la imposición y ejecución de las penas sobre una base individualizadora referenciada al penado. Es decir, pareciera que las finalidades para las que había sido empleado el indulto tradicionalmente, hubieran sido ya insertadas o acomodadas en el propio sistema de Derecho penal a través de la introducción de otras instituciones (a título de ejemplo: el régimen penal de los menores, las circunstancias eximentes, el catálogo de atenuantes, la libertad condicional o el recurso de revisión) o mediante el refinamiento de su propia estructura (como muestra: la derogación de la pena capital, la necesaria proporcionalidad de las penas en su aplicación y ejecución individualizada o la redefinición de tipos penales). Dicha individualización y adaptación al caso concreto del individuo, la necesaria flexibilización del Derecho penal, vertebrada hoy la legislación, la aplicación del castigo y la ejecución de la sentencia.

²²⁹ ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», p. 20.

De ambas premisas se colegiría la ausencia de justificación de la figura del indulto en escenarios de normalidad: primer enunciado de nuestra tesis. Si por «normalidad» se asume una definición negativa –un contexto de normalidad será aquel que no responde a un patrón insertable en la denominada justicia transicional²³⁰–, definiendo que la figura del indulto carece actualmente de justificación en dichos supuestos.

De dicha conclusión se deriva entonces que la actual práctica del indulto responde: o **(i)** a utilidades ilegítimas e inaceptables, completamente ajenas a la satisfacción del fin de la pena –sea cual fuere la finalidad asignada a ésta– (por ejemplo, la celebración de efemérides), y, por consiguiente, no susceptibles de mantenimiento en un Estado de Derecho; o **(ii)** a subsanar déficits que ya están cubiertos por el propio sistema o por aquellas otras instituciones que resultan más adecuadas y a las que el indulto solo pretende suplir.

Por consiguiente, la primera conclusión preliminar que se someterá a verificación es la posibilidad, cuando no la necesidad, de abolir la institución del indulto en escenarios de normalidad porque su uso actual resulta ilegítimo, injustificado o innecesario para el Derecho penal moderno.

Sin embargo, entiendo que esta solución abolicionista deberá mutar cuando el escenario que se presente no sea de normalidad; cuando el contexto analizado responda a un patrón de proceso de justicia de transición²³¹.

En esta situación de estado de necesidad que caracteriza a los procesos transicionales puede quedar justificada la flexibilización de la ejecución de la pena en interés último de una convivencia pacífica y, por consiguiente, no es descartable que, en el seno de estos escenarios, pueda acudir al indulto –acompañado o no de otras medidas de justicia de transición– para permitir alcanzar dicho fin.

Si bien la complejidad de estos contextos transicionales y su variedad fenomenológica determina la necesidad de efectuar un análisis casuístico en cada escenario en atención a su idiosincrasia, se reputa obligado establecer un marco teórico básico que permita eliminar, en la medida de lo posible, las fricciones que el ejercicio de la figura del indulto, tal y como actualmente está configurado, ocasionaría, de ser empleado por y en un Estado de Derecho. Por ello y dentro de este segundo enunciado de la tesis, considero que, si bien no es descartable la utilización de la figura del indulto, ésta debe responder a patrones distintos de los actuales: deberá ser aprobado por Ley y, por consiguiente, deberá respetar los límites que a toda Ley le son impuestos.

²³⁰ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del Derecho penal en procesos de transición», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2013, p. 211.

²³¹ BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case», en *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, núm. 2, 2013, pp. 35, 36, 39, sobre la necesidad de acoger una comprensión en términos de proceso (multifacético y dinámico), mejor que una estructura normativa (estática); JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición», en *Tendencias* 21, 25 de abril de 2010; TORRALBA, *El perdón*, Ed. Milenio, Lleida, 2010, p. 16; TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, Ed. Océano, México, D.F., 2015, p. 25.

[2] Delimitaciones conceptuales

A efectos metodológicos y como primer punto de partida de esta investigación se acomete en esta sección inicial un estudio conceptual de la figura del indulto. Asumiendo una aproximación sistemática a su análisis, se abordará primeramente la proposición de definición de la figura en atención a sus orígenes etimológicos, a sus elementos esenciales y al ordenamiento jurídico penal nacional.

Toda vez que la dialéctica del perdón no queda monopolizada por la figura del indulto y antes de adentrarnos en la verificación de la tesis propuesta, resulta necesario establecer un segundo punto de partida: la distinción del indulto de otras figuras indulgentes que cohabitan con ella. Para ello se acometerá un ejercicio comparativo entre el indulto y la amnistía, las dos figuras del perdón (estatal), que nos permitirá delimitar dogmáticamente y en términos configurativos las dos categorías. Adicionalmente y para cerrar este apartado, se efectuará un breve análisis comparativo del indulto con la figura del perdón del ofendido.

2.1. Delimitación conceptual autónoma del indulto particular y su regulación

2.1.1. Aproximación al concepto de indulto

La figura del indulto se enmarca en las comúnmente llamadas medidas de gracia, de clemencia o de perdón. En atención a su elemento configurativo básico, el indulto no es sino un mecanismo de perdón, que no de olvido²³². En lenguaje común, alejado, por el momento, de tecnicismos, encajaría en la locución «*perdono, pero no olvido*»; en contraposición a la figura de la amnistía, la otra gran protagonista del perdón y, en este caso, también del olvido²³³.

En esta investigación no se asumirá, en lo que a las posiciones personales concierne, la expresión acuñada de «derecho de gracia». Primero, porque en la actualidad y a diferencia de los regímenes absolutistas en los que se consideraba el indulto como derecho o regalía graciosa del monarca²³⁴, dicha configuración de la institución no puede mantenerse en un Estado de Derecho²³⁵. En segundo lugar, porque no existe ni se reconoce un «derecho del “agraciado”», sino que la posibilidad de concesión se agota con la oportunidad de solicitar el

²³² NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1310, 1313.

²³³ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, p. 588.

²³⁴ TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», en *Obras completas*, vol. 1, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 479.

²³⁵ AGUADO RENEDO, «Espagne», en RUIZ/DELLA/LAMBERT/MARTIN-CHENUT, *La clémence saisie par le Droit, Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Ed. Société de législation comparée, París, 2007, p. 395.

Disiente, OSTOS MOTA, «El indulto», en PEÑA GONZÁLEZ (Coord.), *Libro Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 1060, advirtiendo de que el hecho de que se considere un acto gracioso –en cuanto institución dependiente de la voluntad de quien la concede– no es incompatible con aceptar su necesidad en un Estado de Derecho (y su compatibilidad con valores superiores del ordenamiento como la libertad, justicia o libertad).

indulto para el condenado y con la tramitación y resolución del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido²³⁶.

Al no existir un derecho al indulto, su otorgamiento respecto de una pena posteriormente anulada no genera un derecho del condenado a recibirlo nuevamente, sin perjuicio de la influencia que ulteriormente aquella primera concesión pueda tener. Ilustrativa a este respecto es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de diciembre de 2002: «*En efecto, el indulto es de la pena, no del delito como la amnistía, por lo que requiere la existencia de una previa condena, obviamente válida. Al haber sido anulada la que se pronunció, ha de entenderse inefectivo el indulto por desaparición de su objeto, lo que conduce a la procedencia de un nuevo enjuiciamiento, cuyo eventual resultado condenatorio pudiera ser destinatario de ulterior reiterado indulto, en cuya concesión debiera ponderarse influyente el otorgamiento de aquél*».

Efectuada la anterior precisión, ha de resaltarse que, a pesar de los esfuerzos, nunca ha existido, respecto de las figuras del perdón, una uniformidad en lo referido al tratamiento

²³⁶ Así lo reflejan, a título de ejemplo, las STS de 14 de septiembre y 28 de mayo de 2015.

En doctrina, por todos, AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 904-906, señala que dicha petición se reputa un derecho fundamental, conforme al art. 29 CE (p. 905); ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 77-79, 81; ASUA BATARRITA, «Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2010, p. 174; BACHOF, «Über Fragwürdigkeiten der Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz», en *Juristenzeitung*, núm. 13, 1983, p. 471; BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 63-66; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 129; GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 53; GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», pp. 58-59, acogiendo, como AGUADO RENEDO, que el indulto es una manifestación del derecho fundamental de petición; HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», en *Österreichische Juristen-Zeitung*, núm. 55, 2000, p. 419; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001, pp. 39-40; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 223; MARKEL, «Against mercy», en *Minnesota Law Review*, vol. 88, 2004, p. 1437; SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 28, 1975, pp. 1252-1253; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 76. En contra, HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», en *Schweizerische Juristen-Zeitung*, núm. 19, 2001, pp. 415-416. LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 52-53, 75-76, 189, defiende que los particulares tendrían una expectativa de derecho y aboga por una necesaria juridificación de la figura del indulto que se traduzca en la configuración de un derecho que supere la imposibilidad de exigir al concedente que otorgue la clemencia, para controlar una potencial política discriminatoria.

HÖMIG, «Gnade und Verfassung», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 122-2, 2007, pp. 1330-1335, advierte que la ausencia de un derecho a ser indultado no supone que los derechos del solicitante (dignidad, derechos fundamentales o derecho a un proceso debido) puedan ser lesionados.

RODRÍGUEZ/LÓPEZ CONTRERAS, *El derecho del condenado a la pena de muerte a solicitar el indulto o la conmutación de la pena*, Ed. Serviprensa, Ciudad de Guatemala, 2004, p. 27 configuran el derecho a solicitar el indulto y, de concurrir las «*circunstancias correspondientes*», que «*la pena capital sea conmutada por la inmediata inferior u otra que se considere conveniente*», como un derecho fundamental de toda persona condenada a muerte. *Vid. apartado 4.3.1. El indulto en supuestos de pena de muerte y penas crueles y degradantes.*

En un sentido amplio, BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 10, 1985-1986, *passim* (especialmente, pp. 15-16, 46, 48, 50), sobre la necesidad de reconocer un *derecho al perdón* –que no al indulto–, en las distintas fases (desde la actuación policial hasta el régimen postpenitenciario).

lingüístico y, por consiguiente, conceptual de las instituciones, que se han mezclado históricamente con otros institutos afines²³⁷.

Entre los esfuerzos de delimitación conceptual destaca el acometido, asépticamente, ya en las *Partidas de Alfonso X Segunda y Séptima*²³⁸, en el siglo XIII, definiendo el perdón como el acto de perdonar al hombre la pena que debe recibir por el delito (en el «yerro») cometido.

En este sentido, la influencia y la presencia que el perdón ha tenido en la literatura (tanto en la clásica como en la actual²³⁹) generan dos efectos destacables²⁴⁰: **(i)** la heterogeneidad de fuentes bibliográficas que enriquecen y amplían el campo de visión de nuestro estudio, diferenciándolo de otros temas de análisis cuyo tratamiento se ha constreñido a un ámbito estrictamente jurídico; y **(ii)** que el empleo literario dado a los términos no responde siempre al significado jurídico estricto, lo que conlleva la necesidad de advertir de dicha circunstancia y de precisar los términos utilizados.

A ello se une el hecho de que el perdón, la indulgencia, la misericordia, la piedad, la clemencia o la lenidad son conceptos que, en el ámbito de las relaciones personales²⁴¹, son recurrentemente utilizados²⁴² y están caracterizados por ser constructos causalmente

²³⁷ BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, p. 60; HUSSAIN/SARAT, «Toward New Theoretical Perspectives on Forgiveness, Mercy, and Clemency: An Introduction», pp. 1-3; KOLNAI, «Forgiveness», pp. 94-96; STATMAN, «Doing without mercy», en *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 32, 1994, pp. 331-332; TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», pp. 478-479, destaca la insuficiente distinción conceptual del indulto real (especialmente en el s. XVIII) de figuras como, por ejemplo, la clemencia judicial que se profesaba a través de visitas a cárceles incluso después de que las sentencias alcanzaran firmeza o la conmutación de penas que podía efectuar el Consejo de Cámara en nombre del Rey. En este sentido, MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1979, p. 8.

²³⁸ Segunda partida, Título 10, Ley 2: «*teniéndoles misericordia para perdonarles a veces la pena que merecieren por algunos yerros que hubiesen hecho, pues comoquiera que la justicia es buena cosa en sí, y de la que debe el rey usar siempre, con todo es hácese muy cruel cuando a veces no es templada con misericordia*».

Séptima partida, Título 32, Ley 1: «*Perdón tanto quiere decir como liberar y perdonar a un hombre la pena que debía recibir por el yerro que había hecho*».

²³⁹ Por ello no ha de extrañar encontrar a lo largo de esta investigación referencias a SHAKESPEARE, CERVANTES o a literatos modernos como MARÍAS FRANCO.

²⁴⁰ KAUFMANN, Arthur, «Recht und Gnade in der Literatur», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, pp. 1062-1069; DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», pp. 361-362.

²⁴¹ MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 5, lo deduce en cuanto que su origen y fundamento se halla en la naturaleza humana; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 3, en idénticos términos; RIVAS PALÁ, «Perdón y justicia transicional. Las dificultades de las sociedades liberales contemporáneas para articular un discurso coherente acerca del perdón», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 353-354, extrae de ello la ausencia de dificultad al efectuar la taxonomía del perdón, puesto que se parte de las propias experiencias vitales; SMITH, T., «Tolerance & Forgiveness: Virtues or Vices?», en *Journal of Applied Philosophy*, vol.14, núm. 1, 1997, pp. 36-37; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», en VV.AA., *El perdón, virtud política. En torno a Primo Levi*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2008, p. 60.

«Reconciliation and Reconstitution», en VEITCH (Coord.), *Law and the Politics of Reconciliation*, Ed. Ashgate, Aldershot-Burlington, 2007, pp. 33, 35, 37, 41, asume una posición paralela respecto del concepto *reconciliación*, si bien advierte la separación del concepto político respecto de los manejados en los ámbitos personal y religioso.

²⁴² SÁDABA, *El perdón. La soberanía del yo*, Ed. Paidós, Barcelona, 1995, pp. 13, 15, 21, 26, 81.

complejos y cargados de factores motivacionales²⁴³, personales²⁴⁴ y espirituales²⁴⁵. Se contrapone a dicha afirmación descriptiva una proposición normativa, dirigida a defender que las decisiones adoptadas en el Estado de Derecho deben ser puramente racionales²⁴⁶.

No puede marginarse tampoco que el perdón, como constructo, ha venido a asociarse a fenómenos no solo individuales sino colectivos o sociales. La memoria²⁴⁷, el recuerdo²⁴⁸, la conciencia²⁴⁹ o el olvido colectivo²⁵⁰ son instituciones que se sacan a colación cuando se discute sobre el término «perdón»²⁵¹. Ello enriquece, a la vez que complica, su examen.

²⁴³ HURD, «The morality of mercy», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 4, 2007, pp. 393-395, 407-417; MARKEL, «Against mercy», pp. 1478-1480.

²⁴⁴ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 116-120, sobre el perdón en el ámbito individual; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 64, sobre su conexión con la esencia del ser humano en cuanto a su capacidad para perdonar.

²⁴⁵ DUBOIS, «Los abusos de la gracia», en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, año núm. 73, tomo 145, 1924, p. 308; KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», p. 38.

²⁴⁶ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 913: «en un Estado de Derecho el Estado no puede perdonar como un particular»; HARRISON, «The equality of mercy», en GROSS/HARRISON (Eds.), *Jurisprudence, Cambridge Essays*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 107-118, sobre la oposición entre la decisión equitativa racional y la misericordiosa, sobre la ausencia de interés en las decisiones estatales y sobre el principio preeminente de igualdad; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2929.

En contra, MEYER, «The Merciful State», en SARAT/HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, Ed. Stanford University Press, California, 2007, pp. 64-66, 71-73, 79-86, 94-103, basándose en el «Dasein» de la filosofía de Heidegger, admite como aceptables perdones guiados por el mero sentimiento de compasión.

²⁴⁷ HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Librería Félix Alcan, París, 1925, acuñó el término a principios del siglo XX, basándose en el estudio de la conformación de la memoria colectiva de la familia (pp. 199-242), de grupos religiosos (pp. 243-300) y de clases sociales (pp. 301-368). RIEFF, *Elogio del olvido*, Ed. Debate, Barcelona, 2017, pp. 37-38, 110, con actuales reflexiones sobre la influencia del pensamiento de HALBWACHS, sostiene que la memoria colectiva no es fisiológica, pero sí sociológica.

Recientemente, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía (Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 420, de 10 de marzo de 2017), se afirma que recuperar la memoria histórica colectiva, es la forma más firme «de sentar nuestro futuro de convivencia y paz».

Críticos, RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 571-577, 598; RIEFF, «Cumplir con el deber de olvidar», en *El País*, 19 de marzo de 2017: «Que la memoria histórica colectiva no respeta el pasado debería ser evidente. (...) Resultaría reconfortante creer que los regímenes reprobables han sido más propensos a esta práctica que los decentes, pero la realidad es que casi todos se han empeñado en la movilización y manipulación de la memoria o en su creación»; mismo autor, *Elogio del olvido*, pp. 26-29, 38-40, 55, 132-133, 137, al tratar del fenómeno de la rememoración, señala los peligros de su adulteración al reconstruirse el pasado, pudiendo ser utilizada como arma política; BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», p. 39, advierte del riesgo con la obsesión de la memoria; MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional? Avances, incoherencias y límites en la tipificación, castigo y prevención de la violación grave y discriminatoria de los derechos humanos*, Ed. Parthenon, Madrid, 2008, pp. 228-229; TODOROV, *Los abusos de la memoria*, trad. por SALAZAR BARROSO, Ed. Paidós, Barcelona, 2000, pp. 28, 49-58.

²⁴⁸ HEUß, *Zur Theorie der Weltgeschichte*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín 1968, pp. 52-56.

²⁴⁹ CANÇADO TRINDADE, «Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal», en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 8, núm. 1, 2006, pp. 20, 23, 24-29, defiende el concepto de conciencia jurídica universal como fuente material de todo el Derecho (no solo del Derecho internacional). Partiendo de ello, CANÇADO TRINDADE defiende la trilogía responsabilidad-perdón-justicia como manifestación de dicha conciencia jurídica.

²⁵⁰ REIK, «Über kollektives Vergessen», en *Internationale Zeitschrift für Psychoanalyse*, vol. 6, 1920, cuaderno 3, pp. 202-215; RIEFF, *Elogio del olvido*, pp. 23, 32, 71-72, defiende que el olvido colectivo es a la memoria social lo que la muerte a la memoria personal.

²⁵¹ RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 585, 632-633, sostiene que el perdón, de existir, constituye el horizonte común de la memoria, de la historia y del olvido.

Desde el plano personal, el perdón y el no-perdón (el rencor²⁵², el resentimiento²⁵³, la venganza²⁵⁴) han sido tratados también por otras disciplinas que han incidido en la perspectiva espiritual y médica, ahondando en los efectos psicológicos, emocionales y clínicos que la concesión de aquél provoca²⁵⁵.

Adicionalmente y, por último, ha de subrayarse preliminarmente que su concepción ha quedado indisolublemente caracterizada por los respectivos sistemas jurídico-político en los que aquéllas se insertan, lo que conlleva que tampoco pueda predicarse una homogeneidad en la consideración de las instituciones con independencia de su denominación²⁵⁶.

Todas estas aristas dan cuenta de la estructura poliédrica del complejo tema de investigación y de la necesidad de depurar nuestro análisis, desbrozando los aspectos accesorios de los principales y seccionando aquellos elementos que están dentro de nuestro ámbito de estudio, de aquellos que lo rebosan.

Efectuadas las anteriores advertencias, debe indicarse que la raíz etimológica de ambas figuras del perdón (indulto y amnistía) ha de encontrarse en las voces latinas y helenas respectivamente. «Indulto», proviene del latín tardío y deriva de indulgente, benévolo, no severo o favorable a algo. Significa concesión, complacencia o perdón²⁵⁷. De esta última voz etimológica se deriva la «indulgentia», que viene a expresar dulzura²⁵⁸. En contraposición a la institución indulgente, «amnistía» procede de la misma raíz que amnesia, que significa olvido²⁵⁹. Precisamente por esta razón es por la que se le ha llegado a definir como acto soberano que cubre con velo de olvido²⁶⁰.

²⁵² TORRALBA, *El perdón*, p. 14.

²⁵³ SILVA SÁNCHEZ, «El perdón: prólogo para penalistas», conferencia celebrada en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», Madrid, 20 de abril de 2017; TORRALBA, *El perdón*, pp. 16-31; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», pp. 72-74.

²⁵⁴ TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, pp. 26-28; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», pp. 69-72, aunque defiende que no existe contraposición perfecta entre perdón y venganza.

²⁵⁵ Vid. ROJAS MARCOS, «Perdonar lo imperdonable», sobre el efecto terapéutico del perdón a nivel individuo y la posibilidad de avance que permite su concesión a nivel sociedad; TORRALBA, *El perdón*, pp. 10, 37, 39, 42, 123-126.

²⁵⁶ WALDHOFF, «Grace above the Law – Grace through the Law?», conferencia celebrada en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», Madrid, 21 de abril de 2017.

²⁵⁷ COROMINAS, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Ed. Gredos, Madrid, 1961, p. 328, voz «indulgent».

²⁵⁸ ERNOUT/MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots*, Ed. Klincksieck, París, 1967, 4ª ed., p. 315, voz «indulgeo, -es, indulssi, indultum, -ere».

GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, 1972, núm. 4, pp. 897-898.

²⁵⁹ COROMINAS, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, p. 383, voz «mente»; ESEVERRI HUALDE, *Diccionario etimológico de helenismos españoles*, Ed. Aldecoa, Burgos, 1979, 2ª ed., p. 42, voz «amnistía».

²⁶⁰ BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, p. 345; HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, tomo 2, Ed. Librairie Générale de Ad. Hoste, Gand, 1977, reimpr. ed. 1877, 3ª ed., p. 254, § 995. Por ello, GAUDIN DE VILLAINÉ, en el seno de una discusión sobre la ley de amnistía ante el Senado francés ocurrida el 18 de noviembre de 1924 (*Journal Officiel de la République Française. Débats Parlementaires: Sénat*, 1924, p. 1410), asevera críticamente: «*Ce n'est pas de l'amnistie, c'est de l'amnésie, la maladie des vieillards*».

En el RD de 30 de octubre de 1832 por el que se mandaba la observancia de reglas respecto del Decreto de amnistía de 15 de octubre de 1832, se apuntó: «*Por esta amnistía se impone un olvido eterno a todos los delitos de infidencia (no a otros)*».

Las bases lingüísticas con las que aquí se parte dan buena cuenta de la raíz común que comparten ambas figuras, pero, sobre todo, de las diferencias estructurales que existen entre las dos instituciones, las dos figuras del perdón estatal: el indulto y la amnistía²⁶¹.

2.1.2. Propuesta de definición

Genéricamente, el indulto puede quedar definido como un acto discrecional que supone que, para un caso concreto, las consecuencias jurídicas desfavorables que deben ser aplicadas por previsión normativa, sean atenuadas o eliminadas.

Partiendo del ordenamiento jurídico penal español y ante el silencio normativo²⁶² que incentiva propuestas doctrinales²⁶³, se propone definir el indulto particular²⁶⁴ como un acto

EURÍPIDES, *Orestes*, 408 a. C., versos 213-214, en *Tragedias de Eurípides, Biblioteca de Dramáticos griegos*, tomo I, trad. por DE MIER, Imprenta M. Tello, Madrid, 1865, p. 136: «¡Olvido adorable de los males! ¡cuánta es tu sabiduría, y cuánto te aman los desventurados!», exclamó Orestes en su lecho a su hermana Electra, quien le cuidaba tras matar a su madre, Clitemnestra.

²⁶¹ BINDING, *Handbuch des Strafrechts, Erster Band, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, Ed. Duncker & Humblot, Leipzig, 1885, pp. 869-873, §168. 3; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Ed. C.F.Müller, Heidelberg et al., 2014, 8ª ed., pp. 1001-1002, § 76, 1, 3 incorpora como figura del perdón adicional la «Abolition», definiéndola como un acto de gracia a través de la que se produce la terminación anticipada del procedimiento penal (*Gnadenakt durch Niederschlagung eines anhängigen Strafverfahrens*), para después concluir que la injerencia del poder ejecutivo a través de esta institución no es jurídicamente admisible y recordar su origen en el régimen nacionalsocialista (§ 3 de la Gnadenordnung de 6 de febrero de 1935). Vid. MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 42-48. Habida cuenta de que se indica que la «Abolition» ha sido superada o bien por los instrumentos procesales contenidos en los arts. §§ 153 ss. StPO (*Ansehen von der Verfolgung*) y §§ 45, 47 JGG, o bien por la figura de la amnistía –siempre que se cumplan sus exigencias–, no será objeto de la presente investigación, por devenir sobrevenidamente intrascendente. En el mismo sentido, BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 25-26; BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, Ed. Dr. Kovač, Hamburgo, 1996, p. 61; o SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts, Gnade-Amnestie-Bewährung*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 1992, 2ª ed., pp. 16-17.

²⁶² AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 898-899; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, p. 60.

La ausencia de una definición legal sobre la figura es un rasgo extendido en Derecho comparado –vid. nota al pie 763–. Excepcional, el art. 2 del Decreto núm. 31-2013, por el que se aprueba la Ley de indulto en Honduras con fecha de 15 de marzo de 2013 (Diario Oficial de la República de Honduras núm. 33.090, de 4 de abril de 2013) que contiene una definición legal de la institución: «Es la atribución que la Constitución de la República otorga al Presidente(a) de la República para extinguir la o las penas aún no cumplidas, dispuestas mediante sentencia condenatoria firme dictada por juez(a) o tribunal competente. La figura del Indulto constituye un beneficio otorgado por el Presidente(a) de la República en consideración de circunstancias particulares de la persona condenada, desarrolladas en la presente Ley, sin establecer un derecho subjetivo a favor de ésta».

²⁶³ En doctrina española, AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 44; mismo autor, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 898; mismo autor, «Derecho de gracia», pp. 57-58; BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 20; BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto, Estudio sobre la gracia de indulto y su regulación en el ordenamiento jurídico español*, Ed. FIEC, Madrid, 2007, p. 25; CADALSO, *La libertad condicional*, p. 205; CUELLO CALÓN, *Derecho penal, tomo I (Parte general), vol. segundo*, revisado y puesto al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, 18ª ed., p. 777; GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 898; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, p. 111; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», p. 3; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 3; LINDE PANIAGUA, «Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978», en *Revista de derecho político*, núm. 2, 1979, p. 65; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo II, De los derechos y deberes fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 1041; NAVARRO VILLANUEVA,

discrecional²⁶⁵ derivado de la potestad conferida nominalmente al Jefe del Estado²⁶⁶ y materializada como acto del Gobierno²⁶⁷, con refrendo y a propuesta del Ministro de Justicia²⁶⁸

«Notas acerca del indulto», pp. 225-226; o SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, pp. 444-445.

En otros ordenamientos: FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Ed. Georg Friedrich Heyer's, Giessen, 1847, p. 120, § 62; FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», en *Neue Kriminalpolitik*, núm. 4, 2001, pp. 21, 23; PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht, Eine inaugural Abhandlung*, Ed. Ferdinand Enke, Erlangen, 1845, pp. 5, 8-9; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, p. 11; SCHMIDT, «§ 100 – Begnadigung und Amnestie», en ANSCHÜTZ/THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 2, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 1932, pp. 563, 568-569; WELZEL, «IV. Anhang: Verjährung und Begnadigung», en *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín, 1989, 11ª ed., p. 263: «*Sie ist ein staatsrechtlicher Akt, der rechtskräftig erkannte Strafen (aber nicht die Verurteilung selbst) erläßt, ermäßt, unwandelt oder aussetzt (Begnadigung im engeren Sinne) oder eine Strafverfolgung niederschlägt (Niederschlagung oder Abolition)*»; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 175.

²⁶⁴ Se excluye del análisis el estudio del indulto canónico (arts. 1354 y concordantes del Código de Derecho Canónico); el relativo a actos de gravamen o desfavorables de carácter administrativo (art. 109. 1 LPACAP); la exención o reducción de multas que pueden aplicar las autoridades de defensa de la competencia (arts. 50. 5, 65 y 66 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia); el previsto en la regulación tributaria (arts. 59, 75 y 190 LGT) y sus singularidades. SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 54, nota 6, no considera el escenario de revocación de actos en el ámbito administrativo como indulto (referencia efectuada al art. 105 LRJPAC, vigente entonces y hasta el 2 de octubre de 2016).

²⁶⁵ Lo que caracteriza y diferencia al indulto de otras medidas regladas para las que sí se contempla expresamente las previas condiciones que han de cumplirse para su adopción (por ejemplo, la libertad condicional ex art. 90 a 92 CP).

TOMÁS Y VALIENTE, «La gracia y la justicia»: «*en esa discrecionalidad reside precisamente el núcleo de la gracia como acto no debido*».

²⁶⁶ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 908, sobre la intervención simbólica del Rey en un acto de integración de los poderes; mismo autor, «Derecho de gracia», pp. 62-63, sobre su conceptualización como acto de integración; BELDA PÉREZ-PEDRERO, «Las competencias de la corona», en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Dirs.), PÉREZ MANZANO/BORRAJO INIESTA (Coords.), *Comentarios a la Constitución española*, Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1278-1279, enmarcándola como una atribución simbólica en la que el Rey participa formalmente; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 127-148, 149, por ello lo inserta dentro de la función política del Gobierno; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», p. 226; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 68.

URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2903-2904, plantea una sugerente reflexión sobre la imprevisión de que el Rey intervenga para supuestos de denegación de indulto.

²⁶⁷ CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 55; TOMÁS Y VALIENTE, «La gracia y la justicia»; GARCÍA MAHAMUT, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», pp. 612-613, insiste en resaltar que no existe una reserva constitucional en favor del Gobierno en materia de indultos; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 30, sobre la ausencia de atribución expresa al Gobierno de la competencia para resolver los expedientes de indulto. Recoge dichos planteamientos, GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 19.

²⁶⁸ Actualmente, es la División de Derechos de Gracia y otros Derechos, de la Subsecretaría de Justicia, del Ministerio de Justicia, la encargada de la preparación de los asuntos relativos al ejercicio del derecho de gracia con carácter previo a su elevación al Consejo de Ministros, a la gestión de los asuntos relativos a los títulos nobiliarios y grandezas de España, a la dirección de la Cancillería de la Orden de San Raimundo de Peñafort, así como las competencias del departamento en relación con la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura [arts. 1. 1, 7. 2. o-r), 7. 6. b) del RD 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el RD 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012)].

y previa deliberación del Consejo de Ministros²⁶⁹, para que en un supuesto concreto no se ejecute íntegramente la pena ya impuesta en sentencia firme (art. 2. 1º LI y art. 245. 3 LOPJ), la cual queda remitida²⁷⁰ parcial o totalmente o conmutada por otra menos grave.

La figura del Rey concedente engarza con la tradición histórica de la figura²⁷¹. En contraposición a este modelo, un régimen excepcional y que se asume como ejemplo por algunos autores al replicar una división equivalente a la separación de poderes, fue el recogido en la CE de 1931, en cuyo art. 102 se concedía al Tribunal Supremo la competencia para acordar indultos individuales: «a propuesta del sentenciador, del fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte». El anterior régimen se exceptuaba respecto de los denominados delitos de extrema gravedad, en los que podía indultar «el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable». En concreto, la potestad de indultar residía en la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto en el Decreto de 3 de febrero de 1932 que derogó y modificó parcialmente la LI –aquellos preceptos que no lo contradecían subsistieron– para acompasarla al citado texto constitucional (Gaceta de Madrid núm. 36, de 5 de febrero de 1932). La LI recobró su vigencia en virtud del Decreto de 22 de abril de 1938 (Gaceta núm. 550, de 24 de abril de 1938).

Aunque se trate de una cuestión doctrinal abierta y respetados autores acogen una postura opuesta²⁷², asumimos que, en nuestro ordenamiento jurídico²⁷³ es necesario, en todo caso,

Se excepcionan de este régimen los indultos sometidos a la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar; conforme a su Regla Segunda, Disposición Adicional Octava, la referencia efectuada al Ministerio de Justicia habrán de entenderse referidas al Ministro de Defensa.

Conforme a lo resuelto por la STS de 27 de septiembre de 2016, la propuesta razonada del Ministerio de Justicia a elevar al Consejo de Ministros no sería un requisito exigido por la LI y, por consiguiente, si no constase en el expediente que da lugar a la denegación de la solicitud, ésta podría no reputarse un acto nulo o anulable.

²⁶⁹ NIETO MARTÍN, «Cuestionario sobre el derecho de gracia», en Cahiers de défense sociale - Bulletin de la Societé internationale de defense sociale pour une politique criminelle humaniste, 2006, p. 189, destaca que: «en la praxis el Consejo de Ministros sigue de forma generalizada los informes elevados por el Ministerio de Justicia». No obstante, LÓPEZ AGUILAR, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 301, destaca que en ocasiones el Consejo de Ministros no sigue el criterio del Ministerio de Justicia.

²⁷⁰ Dada la importancia de la precisión terminológica se aclara que se utilizará indistintamente el término remisión como sinónimo de redención. Remitir en cuanto perdonar, alzar la pena, eximir o liberar de una obligación (segunda acepción dada por el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 23ª ed.) y redimir en tanto que liberar de una obligación o extinguirla (acepción cuarta proporcionada por el mismo Diccionario).

²⁷¹ Vid. apartado 3.2. *La raíz divina de la potestad de indultar La semilla absolutista de la figura.*

²⁷² AGUADO RENEDO, «Derecho de gracia», p. 60; CUGAT MAURI, «Artículo 130», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), *Comentarios al Código Penal, Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 1001; DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 4ª ed., p. 821; FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», p. 265; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 176-178, 190, 201-204; DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», en CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, tomo 2 (arts. 23-119)*, Ed. Ariel, Barcelona-Caracas-México, reimpr. 1976, p. 643; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», pp. 13-14; o VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 24, apuntan a la existencia de una posible excepción legal que permitiría conceder un indulto, aunque no existiera una sentencia condenatoria firme (indulto anticipado) ex art. 3 LI en los que denomina «antiguos delitos políticos». Apoyando esta postura, el art. 4 del Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia.

que la sentencia sobre la que se pronuncie el indulto haya devenido firme²⁷⁴. Dicha exigencia responde, también, a nuestro bagaje histórico²⁷⁵. Por tanto, aun en el supuesto de las penas deducidas de los delitos previstos en el art. 3 LI, se requiere que exista una condena firme. Dado que el art. 2. 1º LI se refiere a los «procesados» y la excepción contenida en el art. 3 LI a los ya «penados», considero que, a pesar de la deficiencia en la técnica legislativa utilizada, la excepción contenida en el art. 3 LI se refiere exclusivamente a las dos últimas circunstancias del art. 2 LI y, por consiguiente, para poder pronunciarse sobre la potencial concesión de un indulto se exige que la *pena a indultar* haya sido impuesta en una sentencia que haya alcanzado firmeza.

Algunos autores²⁷⁶ advierten del silencio que la LI guarda respecto de las medidas de seguridad aun a pesar de que el CP ha asumido el denominado sistema de doble vía²⁷⁷. Sobre dicha base llegan a proponer redacciones para reformar la LI en las que se acoja también un pronunciamiento sobre las medidas de seguridad²⁷⁸. La ausencia de referencia contrasta con la exclusión expresa contenida en el art. 19 *in fine* de la Ley relativa a vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933 (Gaceta de Madrid núm. 217, de 5 de agosto de 1933). Sin embargo, se asume

²⁷³ La exigencia de la firmeza de la sentencia no es extensible automáticamente a otros ordenamientos. En Derecho comparado sí se ha previsto expresamente, no sin controversias, la posibilidad extraordinaria de indultar anticipadamente (por ejemplo, art. 118. 21 *in fine* de la Constitución de Perú de 1993, en la línea del Decreto Supremo núm. 017-90-JUS, de 1 de octubre de 1990, aprobado cuando estaba aún vigente la Constitución de 12 de julio de 1979). Vid. SÁNCHEZ MORENO, «El indulto para procesados y el perro del hortelano», en *Thémis*, núm. 18, 1991, pp. 62-65, sobre la controversia planteada con la asunción del indulto anticipado en el ordenamiento de la República del Perú.

²⁷⁴ En el mismo sentido, CAMPELO IGLESIAS, «El indulto y su incidencia en las actuaciones judiciales», p. 7, citando resoluciones del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1931 y de 8 de octubre de 1932; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 154-158, 258-259; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, p. 262; HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», p. 416, nota 37; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma)*, 3ª edición, corregida, aumentada y puesta al día conforme a la Jurisprudencia dictada hasta el 1 de enero de 2003, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 28-30, 205-208; MAGRO SERVET, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», p. 39; MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 318; MELENDO PARDOS, «Recensión», pp. 787-790, oponiéndose expresamente a la postura de AGUADO RENEADO; PALACIOS LUQUE, «Sobre la amnistía y el indulto», en *Boletín del Ministerio de Justicia, Sección doctrinal*, núm. 1048, 25 de enero de 1976, p. 9; ORTEGO PÉREZ, «El indulto controversias de su ejercicio y necesidad de reforma», p. 14; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, p. 64; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», pp. 384-385, 388.

²⁷⁵ Por ejemplo, pueden citarse: la Orden del Rey Carlos I y Doña Juana de Valladolid, en 1518, por la que dispusieron la «prohibicion de mercedes de oficios ántes de que vaquen, y de penas sin preceder sentencia pasada en cosa juzgada, y de bienes y dinero sobre que haya pleyto pendiente», ordenando que: «no se pueda hacer ni haga merced de (...) pena alguna ni de parte de ella, hasta tanto que sobre la tal pena haya habido sentencia pasada en cosa juzgada»; o la primera prevención de la Real Orden de 18 de julio de 1840 (Gaceta de Madrid núm. 2094, de 26 de julio de 1840), sobre la prohibición de que se elevaran pretensiones de indultos sobre causas que no estuvieran en ejecutoria, como regla general.

²⁷⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, pp. 819-820, 839; GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», pp. 912-913; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 35; NIETO MARTÍN, «Cuestionario sobre el derecho de gracia», p. 186; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», *Indret*, núm. 2, 2008, p. 5.

²⁷⁷ Vid. CAMPELO IGLESIAS, «El indulto y su incidencia en las actuaciones judiciales», en *Boletín del Ministerio de Justicia, Sección doctrinal*, núm. 1094, 5 de mayo de 1977, p. 9.

²⁷⁸ GARCÍA SEDANO, «El indulto», en *La Ley Penal*, núm. 115, julio-agosto de 2015, p. 3.

que la situación no genera disfunciones, dado que el mutismo de la actual regulación no responde a ningún descuido, sino que obedece a la propia potencialidad del art. 97 CP²⁷⁹.

El legislador ha preferido el indulto parcial al total²⁸⁰ –con preferencia a la conmutación²⁸¹– (arts. 11 y 12 LI) y, en la práctica, respecto de las penas de prisión, el ejecutivo se ha inclinado mayoritariamente²⁸² por la rebaja de la pena pendiente, para alcanzar el plazo establecido en el art. 80. 2. 2ª CP para que los condenados puedan acceder a la suspensión de la ejecución de las penas de privación de libertad²⁸³. Esa precisa rebaja es la que se acuerda en los diez Reales Decretos de indulto que conmutan pena de privativa de libertad, aprobados en el Consejo de Ministros celebrado el 10 de febrero de 2017 y publicados en el BOE del 13 de febrero de 2017.

Frente a la mencionada práctica de rebaja de la pena a través del indulto para alcanzar el mínimo señalado en el art. 80. 2. 2ª CP a los fines de que la ejecución de la pena (rebajada) quede suspendida, se ha pronunciado expresamente ESPINA RAMOS²⁸⁴. Según dicho autor, la disminución acordada por el Gobierno no facultaría al Tribunal a suspender la ejecución de dicha pena. Las razones que arguye son múltiples: la incompetencia del Tribunal (en atención a los arts. 17 y 31 LI); que el ámbito temporal de la actividad jurisdiccional habría quedado superado; que solo es posible suspender la ejecución de la pena antes de que comience a cumplirse; que la pena *indultada* no es pena *impuesta* (a los efectos del art. 80. 2. 2ª CP); o la distorsión que se origina cuando se superpone la condición de no delinquir durante un determinado plazo determinado por el Real Decreto de indulto y el previsto en el art. 81 CP. Por esta razón, ESPINA RAMOS determina que, si el Gobierno pretende como finalidad última la suspensión de la ejecución de la pena, debe asumir su responsabilidad y proceder al indulto de la totalidad de la pena pendiente de

²⁷⁹ En este sentido, recientemente, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», pp. 1-2, 9. GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1089, sin embargo, deduce que su falta de referencia deriva del propio fundamento de las medidas de seguridad.

²⁸⁰ ANCEL, *Capital Punishment*, p. 27, Ed. United Nations, Nueva York, 1962, asumiendo una perspectiva de Derecho comparado, advierte que una completa remisión, aunque posible, es tan excepcional que resulta prácticamente desconocida.

²⁸¹ DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», p. 21, lo constataron empíricamente respecto de los indultos concedidos entre 2000 y 2008.

²⁸² Una excepción lo constituyen los Reales Decretos de indulto acordados en la reunión del Consejo de Ministros del 8 de abril de 2017 y publicados el siguiente día 11. En seis de ellos se indulta toda la pena de prisión pendiente de cumplir. En el RD 378/2017, de 8 de abril, se acuerda indultar nueve meses de la pena privativa de libertad impuesta (dos años y dos meses de prisión).

²⁸³ DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», pp. 97, 108, en relación a los delitos de malversación, cohecho y prevaricación; ESPINA RAMOS, J. Á., «Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante: razones de su improcedencia», pp. 1-2, contrario a su empleo, lo asume como «fruto de una inadecuada interpretación del ordenamiento penal»; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 147, 285-286. En otros países también se ha acogido dicha tendencia, vid. KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 577 y nota al pie 1059.

²⁸⁴ ESPINA RAMOS, J. Á., «Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante: razones de su improcedencia», pp. 2-3. En contra de dicha práctica, también MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 295: «Tampoco es adecuada la práctica de indultar parcialmente para dejar la pena en límites compatibles con la suspensión judicial».

cumplimiento; decisión que, además de poder dejar sometida a condición, no encontraría obstáculo alguno²⁸⁵.

Aunque se parte de la idiosincrasia del ordenamiento penal español, la definición propuesta no estaría restringida, salvo lo dispuesto para el órgano concedente y el procedimiento de decisión²⁸⁶, a nuestro sistema nacional. Una definición próxima a la elaborada fue la acogida por el Tribunal Constitucional alemán en su célebre sentencia de 23 de abril de 1969 [BVerfGE 25, 352 (358)]²⁸⁷.

El indulto es un acto discrecional que supone que, para un caso concreto, las consecuencias jurídicas desfavorables que deben ser aplicadas por previsión normativa, sean atenuadas o eliminadas.

En Derecho penal español el indulto es un acto derivado de la potestad discrecional conferida al Rey y materializada como acto del Gobierno para que en un supuesto concreto no se ejecute íntegramente la pena ya impuesta en sentencia firme, la cual queda remitida parcial o totalmente o conmutada por otra menos gravosa.

2.1.3. Regulación de la figura de indulto

Como ya se advirtió en la presentación a la investigación, la regulación material de la figura se encuentra en la Constitución (arts. 62. i), 87. 3, 102. 3 CE] y en la Ley provisional de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (Gaceta de Madrid núm. 175, de 24 de junio de 1870), cuya vigencia fue declarada expresamente en virtud del Decreto de 22 de abril de 1938²⁸⁸ (salvo lo dispuesto respecto al informe del Consejo de Estado).

La redacción del texto normativo vigente²⁸⁹, es la resultante de las modificaciones operadas por el Real Decreto-Ley núm. 1526, de 6 de septiembre de 1927²⁹⁰, la Ley 1/1988, 14 enero y la

²⁸⁵ ESPINA RAMOS, J. Á., «Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante: razones de su improcedencia», pp. 2-3. En contra, asumiendo la posibilidad, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», p. 7.

²⁸⁶ Vid. HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 309-349, quien estudia en profundidad el procedimiento de solicitud y concesión del indulto, facilita ilustrativos ejemplos de informes emitidos durante la tramitación de los expedientes y sistematiza las tendencias acogidas en la fase seguida ante el Ministerio de Justicia para su concesión (pp. 345-349). Un estudio paralelo fue completado en Alemania por WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, Ed. Dr. Kovač, Hamburgo, 2008, pp. 58-66, 344-375, con sus conclusiones en pp. 397-399.

²⁸⁷ STC alemán de 23 de abril de 1969: «*Das Begnadigungsrecht, wie es das Grundgesetz in Art. 60 Abs. 2 kennt, besteht in der Befugnis, im Einzelfall eine rechtskräftig erkannte Strafe ganz oder teilweise zu erlassen, sie umzuwandeln oder ihre Vollstreckung auszusetzen*».

²⁸⁸ Nótese que el meritado Decreto de 22 de abril de 1938 siguió invocándose en la concesión de indultos incluso tras la aprobación de la Constitución hasta los Reales Decretos publicados en el BOE núm. 188, de 7 de agosto de 1991 pp. 26260-26261, desapareciendo su mención en los publicados a partir del 21 de septiembre de 1991 (BOE núm. 227, de aquella fecha).

²⁸⁹ Por curiosidad histórica se apuntará que en el texto inicial de la LI publicado en la Gaceta de Madrid núm. 175, de 24 de junio de 1870, la excepción contenida en el art. 3 se refería a los «*penados por delitos comprendidos en el capítulo 11 del Código penal*». Dos días más tarde y en virtud de la rectificación de errores publicada en la Gaceta de Madrid núm. 177, de 26 de junio de 1870, se corrigió las referencias de los arts. 3 y 29, que, a partir de esa fecha, pasaron a referirse a «*los capítulos 1º y 2º, tít. 2º, libro 2º, y capítulos 1º, 2º y 3º, tít 3º del mismo libro del Código penal últimamente reformado*» –puesto que el Código Penal de 1870 fue aprobado el anterior 17 de junio de aquel año–.

Disposición Final Primera de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁹¹.

Tras su derogación expresa, en virtud de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1993 por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indultos, ya no se encuentra vigente la Real Orden de 24 de diciembre de 1914 (Gaceta núm. 359, de 25 de diciembre de 1914) conforme a la cual se pretendió limitar «*el sinnúmero de instancias que llegan diariamente al Ministerio de Gracia y Justicia*». En virtud de su disposición 4ª: «*Informada negativamente una instancia de indulto no se cursarán otras del mismo penado hasta un año después, por lo menos, de la anterior*». Término de un año que fue acogido como plazo máximo para resolver la solicitud de indulto por el art. 6 del RD 1879/1994, de 16 de septiembre²⁹², por el que se regulaba el procedimiento de gracia, títulos nobiliarios y honores. Transcurrido dicho periodo, según rezaba el precepto, podría entenderse desestimada la solicitud presentada. A pesar de la redacción de aquel artículo, algunos autores defienden que la previsión recogida en el art. 6 del RD 1879/1994, de 16 de septiembre, fue modificada, acortándose al plazo máximo de 6 meses con la nueva redacción del art. 42. 2 de la Ley 30/1992, dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero²⁹³ –actual art. 21. 2 LPACAP–. Tras dicha modificación, la notificación de la resolución expresa por la Administración no podría exceder de 6 meses, salvo que una norma con rango de ley estableciera un plazo mayor o así lo dispusiera la normativa de la Unión Europea. Toda vez que no concurre ninguna de estas dos excepciones, podría, se aduce, mantenerse la necesidad de atender al plazo acordado de 6 meses²⁹⁴. Sin embargo, considerando que el indulto no se reputa como acto administrativo de los comprendidos por la regulación del art. 21. 2 LPACAP²⁹⁵ puede defenderse la vigencia del plazo especial del año previsto en el RD 1879/1994, de 16 de

²⁹⁰ Real Decreto-Ley núm. 1526, de 6 de septiembre de 1927 (Gaceta de Madrid núm. 251, de 8 de septiembre de 1927) modificaba el art. 15 LI en el sentido de sustituir, respecto del procedimiento de tramitación de los delitos que solamente se persiguen a instancia de parte, el perdón del ofendido por su audiencia; toda vez que «*el cumplimiento de las penas que los Tribunales imponen, y consiguientemente la revisión de las mismas por el indulto, es cuestión de orden público*».

²⁹¹ Para un recorrido por los antecedentes legislativos –desde el Reglamento de 26 de marzo de 1805 a la Real Orden de 22 de febrero de 1870–, vid. HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», en Revista de Derecho UNED, núm. 10, 2012, pp. 703-709. Una compilación completa sobre la normativa emitida con posterioridad a la aprobación de la LI y la regulación vigente (hasta el datado de aquel trabajo) en, mismo autor, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 33-61. También en LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 33-42.

²⁹² RD 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior (BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1994).

²⁹³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, pp. 823, 827; mismo autor, «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», en Indret, núm. 2, abril de 2008, pp. 17-19; VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 29.

GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», pp. 53, 55 considera la LRJPAC de aplicación subsidiaria, en toda su extensión, dada la «*incuestionable naturaleza administrativa del procedimiento de indulto*».

²⁹⁴ GARCÍA SAN MARTÍN, *ibid.*, pp. 64-68, al entender la decisión sobre el indulto como acto administrativo y su expediente como un procedimiento administrativo; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 41; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 14.

²⁹⁵ Cfr. STS de 23 y 26 de febrero de 2016, con referencias a la regulación anterior, contenida en el 42. 2 Ley 30/1992.

LINDE PANIAGUA, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», pp. 168-169, en el mismo sentido, apunta que sí podrían considerarse como actos administrativos aquellos que se suceden en el expediente de tramitación del indulto.

septiembre²⁹⁶. En este sentido se pronunciaba la Orden de 10 de septiembre de 1993 por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indultos (BOE núm. 226, de 21 de septiembre de 1993): «*La especial naturaleza del acto jurídico por el que el Rey ejerce el derecho de gracia conferido por el artículo 62, i) de la Constitución, excluye la aplicación directa a la tramitación de las solicitudes y propuestas de concesión de indulto del régimen de obligatoriedad de términos y plazos dispuesto para el dictado de resoluciones en el procedimiento administrativo común*». En conclusión, solo cuando haya transcurrido un año desde la solicitud de indulto, se entenderá que su concesión ha sido desestimada²⁹⁷.

2.1.4. El indulto: un acto discrecional con efectos sobre la pena

A través de un acto discrecional como lo es la concesión de indulto, se decide que, para ese determinado caso específico e individual²⁹⁸, la pena pendiente de cumplir impuesta en sentencia firme no sea ejecutada en su totalidad (indulto total)²⁹⁹; no lo sea parcialmente, o sea sustituida o conmutada por otra menos gravosa (indulto parcial)³⁰⁰.

La naturaleza discrecional que se predica de la figura del indulto no es singular y también caracteriza otra institución actual como es la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza (art. 11 CE y 21.1 CC). El propio Ministerio de Justicia se pronuncia sobre ella definiéndola en los siguientes términos: «*tiene carácter graciable y no se sujeta a las normas generales de procedimiento administrativo. Será otorgada o no discrecionalmente por el Gobierno mediante Real Decreto, tras valorar la concurrencia de circunstancias excepcionales*»³⁰¹. No existe un catálogo tasado y predefinido que permita establecer qué ha de entenderse bajo aquellas «circunstancias excepcionales» habilitantes, cuya decisión dependerá de la exclusiva discrecionalidad del poder ejecutivo

²⁹⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», en *Memento Práctico Penal 2016*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 704, § 6658.

²⁹⁷ CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 55, nota 11; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», pp. 5, 6; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 10; Díez RIPOLLÉS, «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», pp. 16-17, sobre los efectos del silencio negativo de las peticiones de indulto, si bien defiende el plazo de resolución de 6 meses.

El plazo de un año es expresamente asumido por el Ministerio de Justicia al informar de los trámites del expediente de indulto (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/tramites-gestiones-personales/petici on-indulto>, última consulta el 2 de abril de 2017).

²⁹⁸ BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 195; MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», pp. 288, 302-205, ya sea la condenada una persona física o jurídica.

Sin embargo, VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 24, sugieren que solo puedan beneficiarse del indulto las personas físicas (art. 2 de su propuesta), dado que: «*El indulto solo es aplicable a las personas físicas. Las necesidades susceptibles de concurrir en las personas jurídicas no son de la misma índole ni urgencia dado que las penas aplicables no afectan a derechos fundamentales. Además, hay razones políticocriminales que desaconsejan su inclusión, en especial tras la ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partidos políticos y sindicatos*». Siguiendo la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», pp. 2, 9.

²⁹⁹ Art. 4, párrafo segundo LI.

Los indultos totales llegaron a estar proscritos, conforme lo dispuesto en el art. 159 CP 1822.

³⁰⁰ Art. 4, párrafos tercero y cuarto LI.

La posibilidad de dosificación del perdón, de acordar un indulto de carácter parcial, aleja la figura del concepto de perdón defendido por JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, p. 204.

³⁰¹ Información facilitada por la página web del Ministerio de Justicia al explicar su estructura y funciones: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ciudadanos/nacionalidad/nacionalidad/como-adquiere-nacionalidad/carta-naturaleza>, última consulta el 3 de abril de 2017.

en cada caso. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4.1 y 41 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo; del RD 453/2004, de 18 de marzo, de concesión de la nacionalidad española a las víctimas de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004; de la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España; o del RD 1792/2008, de 3 de noviembre, de concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales, cumpliendo con lo dispuesto en el art. 18 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

2.1.5. Naturaleza del indulto: ¿causa de extinción de la responsabilidad penal?

En relación a la naturaleza de la institución del indulto, debe matizarse su categorización como causa de extinción de la responsabilidad criminal³⁰² (art. 130. 4º CP), a los efectos de evitar divergentes interpretaciones terminológicas³⁰³. Para ello, ha de precisarse el significado mismo de «responsabilidad». Siguiendo la propuesta de MOLINA FERNÁNDEZ³⁰⁴, pueden distinguirse dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad por originar el hecho, como antecedente o génesis de aquello que ocurre –responsabilidad o imputación subjetiva– (lo que denomina responsabilidad de tipo 1); y la responsabilidad jurídica que resulta equivalente a la imposición de consecuencias lesivas, anudadas si se cumplen determinados presupuestos –entre los que se encuentra la existencia de responsabilidad de tipo 1³⁰⁵–. La bautizada como responsabilidad de tipo 2 se configura como sinónimo de sufrimiento de cargas, consecuencias perjudiciales que se anudan a la existencia de aquél hecho originado. Se es responsable tipo 1 cuando se sea responsable de la causación del hecho; y es responsable tipo 2 quien sufre el castigo.

Asumiendo dicha clarificadora distinción puede afirmarse que el indulto es causa de extinción de la responsabilidad (de tipo 2) penal. Su concesión extingue, de acuerdo con lo que el propio

³⁰² Según DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, pp. 800, 820, el indulto se enmarca dentro de las causas de extinción de la responsabilidad penal por falta de necesidad de la ejecución penal; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 6ª ed., pp. 387-388, consideran el indulto como causa de extinción de la pena.

³⁰³ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 142; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», pp. 1041-1042, citando a LINDE PANIAGUA: «Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que, en contra de lo dispuesto en el artículo 112.4 del Código Penal [actual art. 130 CP], el “indulto no extingue la responsabilidad penal, que se da por declarada por el Tribunal competente” sino únicamente el efecto de la misma, esto es, la pena»; NICOSIA, voz «Grazia», p. 8. El propio LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 48, 179-180, 193, citado por LOZANO CUTANDA, defiende que el indulto no es una causa de extinción de la responsabilidad penal sino de la pena: «El indulto no extingue la responsabilidad penal, que se da por declarada por el Tribunal competente» (p. 179). En este sentido, LÓPEZ AGUILAR, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 297, 308-309, defiende que el indulto no extingue la responsabilidad penal, sino que supone solo la condonación parcial de la pena; su objetivo es incidir en que el indulto no es una instancia más, ni corrige la sentencia.

³⁰⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 4, 2000, pp. 57-63, 136.

³⁰⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *ibid.*, p. 62.

Real Decreto determine, las consecuencias lesivas penales –la responsabilidad civil³⁰⁶ resulta inafectada³⁰⁷, ex art. 6 *in fine* LI–. Su otorgamiento modula, alivia las consecuencias desfavorables, las penas, impuestas en la sentencia. Sin embargo, su efecto sobre la responsabilidad penal de tipo 1, es nulo. Esta responsabilidad no se extingue ni se ve menoscabada³⁰⁸. El beneficiario por un indulto no deja de ser responsable (de tipo 1). Es más, el hecho de que se requiera el dictado de una sentencia firme como prerrequisito de concesión implica que aquella responsabilidad (de tipo 1) ha sido acreditada y, además, declarada en sentencia firme³⁰⁹.

Al igual que se puede predicar la prescripción de la pena³¹⁰, distinguiéndola de la prescripción del delito –es más, solo se puede dar el escenario para la primera cuando se

³⁰⁶ Vid. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS de 28 de enero de 1983. Responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil “derivada de delito”: Indulto», en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 1, 1983, pp. 110-116; mismo autor, «Comentario a la STS de 7 de julio de 1983. Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad civil “derivada de delito”: indulto», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 3, pp. 829-831, sobre la identidad entre la –según el autor, mal denominada– responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad extracontractual (por su fundamento y función) y, por tanto, sobre la aplicación del plazo de prescripción previsto en el art. 1968 CC, al analizar la responsabilidad civil en supuestos finalizados mediante auto de sobreseimiento libre por razón de indulto.

³⁰⁷ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, p. 278.

³⁰⁸ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, pp. 947-948: «*el delito que ya ha existido y es perfecto (...). De suerte que ni extinguen el delito, ni tampoco lo niegan: el delito ya ha existido, ha pasado si se quiere, pero ni desaparece, ni se niega. (...) El delito se encuentr[a] completo y afirmado todos y cada uno de sus elementos constitutivos*»; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 6, subraya que el indulto actúa sobre la pena, «*no sobre la punibilidad*» (...) «*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*».

³⁰⁹ Lo relevante para esta investigación es aclarar que la responsabilidad de tipo 1 no se extingue con la concesión de indulto, con independencia del debate sobre el momento originador de la responsabilidad penal de tipo 1 (si nace con la comisión del hecho o con su determinación judicial) –vid. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, 10ª ed., p. 795–.

³¹⁰ Destáquese respecto de dicha figura, en relación con el indulto, la STC de 1 de febrero de 2016 en virtud de la cual se determina la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25. 1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de sendos recurrentes en amparo. En dichas resoluciones se defiende que con la prescripción de la pena no se renuncia al *ius puniendi*, sino a la ejecución tardía de la pena. La concreta regulación dada al art. 134 CP constituye una opción de política criminal del legislador. Atendiendo a la literalidad de dicho precepto en el momento de acaecer los hechos –limitada a fijar el *dies a quo*–, se descarta que la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto despliegue efecto interruptivo sobre el plazo de prescripción de la pena. Partiendo de aquella carencia de específica previsión legal, se apunta a que si el legislador no incluyó supuestos de suspensión de ejecución de la pena en su redacción inicial (el precepto fue modificado en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), fue porque no tuvo dicha voluntad. Por consiguiente, la tramitación de indulto, para los supuestos analizados por el TC, fue irrelevante a los efectos del cómputo del plazo para entender prescritas las penas. Vid. CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 42-43.

En otro sentido se pronunciaba el acuerdo de 26 de mayo de 2006 de interrupción de la prescripción por solicitud de indulto o recurso de amparo ante Tribunal Constitucional, aprobado como acuerdo de unificación de criterio en el orden penal de la Audiencia Provincial de Madrid, en el que se acordaba la interrupción del plazo de prescripción de la pena durante la suspensión de la pena por solicitud de indulto o durante la acordada por el Tribunal Constitucional tras la admisión a trámite del recurso de amparo.

DÍEZ RIPOLLÉS, «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», pp. 20-24, propone que, toda vez que la suspensión de la ejecución de la pena por solicitud de indulto es el único supuesto en que no se contempla la remisión de la pena, sea entendido que dicho periodo de suspensión concluye cuando se entiende la solicitud desestimada tácitamente (transcurrido el plazo para resolver la solicitud de indulto). Transcurrido dicho plazo, según DÍEZ RIPOLLÉS, habría de entenderse reiniciado el periodo de prescripción de la pena.

niegue la concurrencia de la segunda–, se puede distinguir la extinción de la pena (extinción de la responsabilidad penal de tipo 2) de la extinción de la responsabilidad penal (de tipo 1). Como sucede con la prescripción, solo puede darse el escenario para que ocurra lo primero cuando se niegue la concurrencia de la segunda.

El indulto es una renuncia al cumplimiento del castigo penal y la declaración de responsabilidad penal subsiste a su concesión, solo posible cuando aquélla se ha hecho efectiva. Respecto de este concreto particular, con gran grafismo se ha apuntado que la figura del indulto conlleva el despliegue de efectos *ex nunc*³¹¹.

A diferencia de las causas de exención de la responsabilidad penal, cuya característica temporal común implica una concurrencia anterior o simultánea al hecho típico³¹², las previsiones recogidas en el art. 130 CP presuponen su aparición posterior a dicho hecho –incluso, en el caso del indulto, el dictado de la sentencia a que aquél se refiere–.

2.1.6. El indulto general y sus diferencias con el indulto particular

Si el indulto particular se refiere a un individuo condenado en sentencia firme³¹³, otorgándose apriorísticamente en atención a las especiales circunstancias que en él concurren³¹⁴, el indulto general se extiende, en principio, a todos los *sujetos condenados* que compartieran una característica común³¹⁵: estar cumpliendo pena por la comisión de un tipo determinado de delitos³¹⁶, estar sujetos a la ejecución de una determinada pena³¹⁷ o situarse en un determinado grado de ejecución de ésta³¹⁸. AGUADO RENEDO subraya, a este respecto, que un elemento esencial para distinguir entre el indulto general y el particular será la

³¹¹ CUGAT MAURI, «Artículo 130», p. 1003; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1996, p. 20.

³¹² CUGAT MAURI, «Artículo 130», p. 990, destaca como característica común de las circunstancias previstas en el art. 130 CP su naturaleza sobrevenida a diferencia de las eximentes de responsabilidad criminal del art. 30 CP que deben concurrir en el momento de cometer el hecho «*e impiden de raíz el nacimiento de la responsabilidad penal*»; GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 902; OSTOS MOTA, «El indulto», p. 1064.

³¹³ Aun cuando en el art. 666. 4ª LECrim aparece como artículo de previo pronunciamiento, como reminiscencia del régimen de los indultos generales que permitían la «*concesión anticipada de la gracia*», hoy obsoleto. Vid. DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», p. 631; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», pp. 382-383. Esta circunstancia ha llevado a bautizarlo como institución de carácter mixto (STS de 14 de marzo de 1979). Sobre la posibilidad de indulto anticipado, que no se comparte, cfr. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 106-113. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», pp. 14-15 emplea este argumento para afirmar que es posible incluir «*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*».

³¹⁴ HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», en *Jura*, núm. 11, 2003, p. 738, destaca la centralidad del autor singular y no del hecho; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 65.

³¹⁵ GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 899.

³¹⁶ Por ejemplo, RD 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general, para delitos de intencionalidad política y de opinión –vid. referencias en el apartado 4.4.6.3.2.2. *El indulto como instrumento utilitario para alcanzar la paz social y la concordia*–.

³¹⁷ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, p. 275.

³¹⁸ Como botón de muestra, Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España.

indeterminación de los sujetos a que viene referido el primer tipo, en relación a la necesaria determinación concreta y singularizada de los beneficiarios de los indultos particulares³¹⁹.

El indulto general, duramente criticado por la doctrina³²⁰, se encuentra proscrito en nuestra Constitución ex art. 62. i. (tras su pródiga utilización³²¹ y recurrente empleo entre 1945 y 1977)³²² por presentar los indeseables efectos que ya se explicitaban en el RD de 7 de diciembre de 1866 sobre la reforma de los procedimientos sobre indultos y rehabilitaciones³²³.

Sin embargo, respecto de los indultos generales se desatendió, en la práctica, la exigencia de que hubiera sido dictada una resolución firme, y aquéllos llegaban a comprender en su ámbito de aplicación a individuos que todavía no habían sido objeto de un pronunciamiento judicial condenatorio (a los que era posible imponer un determinado tipo de pena o habrían podido cometer una determinada clase de delito)³²⁴. El efecto producido era, como ya se habrá

³¹⁹ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 900-901; mismo autor, «Derecho de gracia», p. 58; mismo autor, «Derecho de gracia», p. 62, lo que permitiría el dictado de indultos particulares con carácter colectivo; mismo autor, «Espagne», pp. 396-397. También, OSTOS MOTA, «El indulto», pp. 1059, 1063; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 204-209, resalta: «quando le motivazioni del provvedimento di clemenza sono strettamente individuali, attengono cioè ad un singolo condannato, e sono quindi insuscettibili, ragionevolmente e secondo un giudizio ex ante, di costituire criteri per l'individuazione di classi di condannati o condannabili beneficiari, si deve provvedere con la grazia [indulto individual]» (p. 206).

³²⁰ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 150-151; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 120-122, 145-146, 232, 279.

³²¹ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», en *Revista La defensa de la sociedad*, 1875, pp. 161-162, 219-220; CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 222-223, con la enumeración de los indultos generales acordados desde el 3 de marzo de 1890 al 12 de septiembre de 1919; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1465-1467, con listado de indultos generales concedidos en España desde el 20 de octubre de 1830 al 14 de marzo de 1977; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 49-51; ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», pp. 500-501.

³²² A título de ejemplo: Decreto de 9 de octubre de 1945 (prorrogado por el Decreto de 27 de diciembre de 1946), Decreto de 17 de julio de 1947, Decreto de 9 de diciembre de 1949, Decreto de 1 de mayo de 1952, Decreto de 25 de julio de 1954, Decreto de 31 de octubre de 1958, Decreto 195/1959 de 5 de febrero, Decreto 1824/1961 de 11 de octubre; Decreto 786/1964 de 1 de abril; Decreto 2136/1965 de 22 de julio; Decreto 2940/1975 de 25 de noviembre; o RD 388/1977, de 14 de marzo.

GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 904, con las referencias de los otorgados desde 1945 a 1971; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 181-202, incorpora un estudio integral sobre los indultos generales concedidos entre 1766 y 1977; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 119-151, sobre los indultos generales concedidos entre 1936 y 1975; JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición»; VALLÈS MUÑO, «Amnistía y responsabilidad civil», en *Indret*, núm. 1, enero de 2004, pp. 4-5.

Sin embargo, GONZÁLEZ SERRANO, «La prerrogativa de indulto», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Sección editorial, núm. 43, 5 de marzo de 1948, pp. 3-4, celebra la política franquista iniciada por el dictado de los dos primeros Decretos enumerados al principio de esta nota.

³²³ SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», pp. 11-12, lo considera como el primer texto del siglo XIX que, en nuestro país, presentó una regulación sistemática de los límites a la facultad de indultar.

³²⁴ Vid. GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 68-70.

advertido, la concesión anticipada del perdón³²⁵. Por esta razón, el indulto general ha sido identificado, en ocasiones, como un mecanismo de impunidad³²⁶.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 27 de mayo de 1987, advirtió las diferencias existentes entre el indulto particular y el de carácter general. El recurrente en amparo había sido absuelto por la Audiencia Provincial de La Coruña. Dicho órgano judicial había declarado probado que los hechos enjuiciados eran constitutivos de un delito de estafa y que el luego recurrente había sido autor de aquéllos pero que, en virtud del Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concedía indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España (BOE núm. 284, de 26 de noviembre de 1975), debía ser absuelto. Tratando de impugnar el fondo de la resolución –el carácter delictivo de los hechos y la consideración de su autoría– quien fue absuelto se alzó en casación ante el Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso alegando su ausencia de interés (art. 884. 4ª LECrim en su redacción vigente al tiempo de los hechos). Frente a dicha inadmisión, acudió solicitando amparo ante el Tribunal Constitucional, que se lo concedió, anulando el auto del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1985 que había impedido tramitar la queja del recurrente. En dicha sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de mayo de 1987 se pretende separar conceptualmente el indulto particular del general. Para el primero, se exige como presupuesto el dictado de una sentencia condenatoria; mientras que, para el general, dicho requisito deviene innecesario –pudiendo concurrir o no, lo que permite calificar al indulto general como de carácter dual–. El anterior discernimiento tendrá efectos en la eventual declaración de responsabilidad penal que pueda haber recaído: mientras que en el indulto particular se trata de una declaración efectiva, ya realizada, en el caso de los indultos generales podrá ser «presunta»³²⁷. En el caso concreto, el Tribunal Constitucional advierte que, en vez de una resolución de signo absolutorio, debería haber sido dictada una sentencia condenatoria, al haberse concluido la concurrencia de hechos delictivos cometidos por el recurrente, y simultáneamente o con posterioridad, aplicarse el beneficio de indulto³²⁸.

³²⁵ DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», p. 642.

MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, p. 798, explica que el uso abundante de los indultos generales en el régimen franquista implicó la práctica sustitución de la amnistía.

³²⁶ MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 44-48, 48-52, sobre la necesidad de que el indulto sea concedido tras el dictado de la sentencia y en contra de los indultos generales: «*Un perdón concedido antes de la sentencia es lo mismo que una sentencia pronunciada antes de la prueba*» (p. 44).

³²⁷ STC de 27 de mayo de 1987: «*La aplicación de un indulto en rigor produce la inejecución de una pena y presupone, normalmente una Sentencia condenatoria. Aunque con una desviación excepcional y anómala, los indultos generales, que la Constitución hoy prohíbe expresamente, han presentado un dual carácter de óbices de procedibilidad, alcanzara el indulto total o, en otro caso, como motivo de inejecución de la pena obligando a su aplicación simultánea o posterior a la Sentencia que se haya dictado o se dicte. En cualquier caso el indulto extingue desde el punto de vista material, total o parcialmente, la responsabilidad penal, pero en unos casos se trataría de responsabilidad presunta y en otros de responsabilidad declarada. La terminación del proceso penal en este último tipo de casos, como el aquí enjuiciado, supone que el indulto no se aplica anticipadamente, sino que el proceso ha de concluir, tras el juicio oral, con Sentencia y que ésta forzosamente ha de resolver con carácter previo a la aplicación total o parcial del indulto, si el delito ha existido y la pena que le correspondería*».

³²⁸ AGUADO RENEDO, «Derecho de gracia», p. 61, deriva de este pronunciamiento del TC la posibilidad de rechazar el indulto por parte del condenado.

En este mismo sentido, VILLALBA HERVÁS, «La gracia de indulto», en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, año núm. 42, tomo 85, 1894, pp. 274-287, en el recurso de casación –asumido como artículo–,

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de junio de 1976³²⁹, advierte la necesidad de acordar el sobreseimiento libre, en vez de dictar una sentencia de signo absolutorio, cuando se plantee el beneficio de un indulto general –como el Decreto 2326/1971, de 23 de septiembre, por el que se concede indulto con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado– como artículo de previo y especial pronunciamiento ex arts. 666. 4ª y 675 LECrim. La acogida de dicha cuestión previa, en relación con la aplicación en ese momento procesal del indulto general, implica la innecesariedad de enjuiciar los hechos y, consiguientemente, la ausencia de dictado de sentencia. Según el Tribunal Supremo, ello implica asumir la cercanía de la figura del indulto general con la de la amnistía, pudiendo calificar a aquél como «amnistía impropia».

Dada la propuesta de definición de indulto elaborada y asumida en esta investigación, ¿qué diferencias configurativas son predicables en un análisis comparativo entre la figura del indulto y la amnistía? ¿Y entre el indulto y el perdón del ofendido?

2.2. El indulto y la amnistía: dos figuras del perdón estatal heterogéneas

A pesar de la falta de uniformidad en la conceptualización de las figuras del perdón ya apuntada y partiendo de la base estructural de nuestro sistema jurídico vigente, puede afirmarse que los dos grandes protagonistas del perdón estatal, a pesar de sus diferencias cualitativas³³⁰, son: **(i)** la amnistía y **(ii)** el indulto particular³³¹.

presentado contra el auto de sobreseimiento definitivo, tras el desistimiento del Ministerio Fiscal, ante la divulgación del Real Decreto de indulto general concedido por Real Decreto de 16 de mayo de 1894.

³²⁹ STS de 23 de junio de 1976: «El indulto, en buena técnica penal, es una institución "post-sententian» [sic], que requiere para operar, la existencia previa de una resolución condenatoria, cuya pena, total o parcialmente, se deja de cumplir por el inculpado, ante razones humanitarias o de otra índole que lo justifican, mientras que la amnistía, acaba con el delito cometido y con todos sus efectos, y tanto puede ser aplicada antes como después de la sentencia, teniendo en común ambas formas de extinción de la responsabilidad criminal, establecidas en los números tercero y cuarto del artículo 112 del Código Penal, el ser manifestaciones próximas, aunque distintas, del denominado Derecho de Gracia, de vieja raigambre, y el actuar de manera liberatoria en cuanto a la pena. (...) la Ley de 18 de junio de 1870 y el Decreto complementario de 22 de abril de 1938, regulan los "indultos ordinarios de condición particular", sobre la base establecida en el artículo primero, número primero de aquella Ley, de la existencia previa de una pena decretada en sentencia, pero a su vez, y siguiendo otra forma de proceder, se han dictado en España en señaladas ocasiones extraordinarias, los denominados "indultos generales", muy afines a la amnistía, y estimados científicamente como "amnistía impropia", por ser una amalgama híbrida entre ambas instituciones, según certeramente calificó la sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 1974, toda vez, que la gracia se aplica antes de la celebración del juicio oral y por consiguiente, previamente a que se dicte sentencia en el proceso criminal, como sucedió ya en el indulto de 31 de octubre de 1958, y luego en el de 23 de septiembre de 1971 y por último con el de 25 de noviembre de 1975».

³³⁰ Sobre la existencia de diferencias cualitativas y no cuantitativas, STC de 25 de noviembre de 1986.

MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 224; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, p. 21; BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, p. 60; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», p. 3.

Iluminador para este epígrafe resulta lo ya avanzado por DE PEYRONNET, Ministro de Justicia y de Interior con Luis XVIII y Carlos X de Francia, quien, tras el desempeño de sendas carteras, escribió *Pensées d'un Prisonnier*, Ed. Allardin, París, 1834, 12ª ed., recopilando sus reveladores pensamientos datados en 1832, pp. 139-146:

2.2.1. Definición de amnistía y su alcance

La amnistía, figura respecto de la que nuestra Constitución guarda silencio, queda descrita como una decisión legislativa excepcional en virtud de la cual unos hechos que antes de su aprobación podían ser perseguidos y castigados penalmente, dejan de ser considerados constitutivos de delito³³². Se configura, de esta forma, como una excepción en la aplicación de la norma penal. Con su promulgación se elimina la responsabilidad penal derivada de aquellos hechos que, al tiempo de ser cometidos, eran delictivos –y, lo más probable, continúen siéndolo transcurrido el periodo para el que sea de aplicación la amnistía³³³– y, con ello, se produce el «olvido» respecto de su comisión³³⁴.

En atención a esta circunstancia se puede entonces aseverar, efectuando un símil con lo expuesto para la figura del indulto, que su concesión despliega efectos *ex tunc*, dado que el

«Amnistie, c'est abolition et oubli; grâce ce n'est que pitié et pardon. (...) L'amnistie ne remet point; elle efface. La grâce n'efface rien; elle abandonne et remet. L'amnistie retourne vers le passé, et y détruit jusqu'à la première trace du mal. La grâce ne va que dans l'avenir, et conserve dans le passé tout ce qu'il a souffert ou produit. La grâce suppose le crime et la condamnation; une certaine régularité dans la condamnation et une certaine justice. L'amnistie ne suppose rien, si ce n'est pourtant l'accusation. On reçoit plus et on est moins redevable dans une amnistie. Dans une grâce, on reçoit moins et on est plus redevable. La grâce s'accorde à celui qui a été certainement coupable; l'amnistie, à ceux qui ont pu l'être. Il n'y a aucun doute sur le crime après l'acceptation de la grâce; il n'y en a plus sur l'innocence après l'amnistie. (...) L'amnistie ne réhabilite pas non plus; elle fait mieux. Elle ne purifie pas seulement l'action; elle l'abolit. Elle abolit jusqu'au souvenir et à l'ombre même de l'action. C'est principalement pour cela qu'on doit faire plus d'usage de l'acte de grâce aux accusations ordinaires, et de l'amnistie aux accusations politiques. Dans les accusations ordinaires, l'État n'est jamais intéressé à ce que le souvenir s'en efface. Il y est et souvent intéressé dans les accusations politiques; car, s'il u'oublie pas, aussi n'oublie-t-on point, et s'il se maintient ennemi, aussi se maintient-on ennemi. La grâce est plus judiciaire que politique. L'amnistie est plus politique que judiciaire. La première est une faveur isolée qui convient mieux aux actes individuels. La seconde, une solution générale qui convient davantage aux faits collectifs. (...) La justice (je parle de la justice commune) a beaucoup moins à sacrifier dans l'amnistie que dans la grâce; parce que la grâce étant toute juridique, semble ne devoir être déterminée que par des raisons prises du fait ou de la légalité littérale; au lieu que l'amnistie étant toute politique, peut être déterminée, indépendamment de la légalité et même du fait, par des raisons de politique et d'état. La grâce altère la sentence en la conservant. L'amnistie, qui la supprime, ne l'altère point. L'amnistie ne sait ni ne recherche si la sentence était juste. La grâce suppose et déclare qu'elle ne l'était qu'imparfaitement». En nuestra doctrina, vid. PALACIOS LUQUE, «Sobre la amnistía y el indulto», pp. 9-10.

³³¹ Me centraré en el indulto particular, habida cuenta de que la concesión de indultos generales está proscrita en nuestro ordenamiento (art. 62. i. CE), sin perjuicio de las reflexiones acerca de dicha figura (vid. epígrafe 2.1.6. *El indulto general y sus diferencias con el indulto particular*).

³³² Sobre la prohibición de la amnistía de efecto anticipado, MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Ed. C.F.Müller, Heidelberg, 1984, pp. 25-28.

³³³ GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 898, la define como derogación transitoria; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1472-1473, por ello, asume que la amnistía implica una suspensión temporal de la vigencia de la ley; MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición. ¿Violación de las obligaciones internacionales del Estado o herramienta transicional?», manuscrito entregado con motivo de la celebración del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», Madrid, 20 de abril de 2017, p. 4; VALLÈS MUÑO, «Amnistía y responsabilidad civil», p. 9.

En contra, PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», p. 57, asume que la amnistía se aplica para delitos que la legislación ya no considera como tales; PINEDA, «Derecho de gracia o indulto», en *Iuris, actualidad y práctica del Derecho*, núm. 11, noviembre de 1997, pp. 34-35, asimilando la amnistía con la despenalización de las conductas.

³³⁴ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 27-31, 43-44, 81-82 sobre el olvido y la disimetría de tipos de olvidos que obedece a la virtud transfiguradora del verdadero perdón, «y esta virtud nada tiene que ver con temporalidad», dado que «[e]l perdón devuelve el bien por el mal, va más allá de la justicia conmutativa» (p. 44).

dictado de una ley de amnistía impide la persecución de los delitos a los que aquélla afecte y el pronunciamiento condenatorio para los que estaban siendo sometidos a un proceso penal para el castigo de los hechos a los que alcance o comprenda su ámbito de aplicación³³⁵.

En este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1979 al analizar los efectos del Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, de amnistía, sobre un acto administrativo sancionador que no había adquirido firmeza a la fecha de su promulgación –reflexiones trasladables *mutatis mutandis* al ámbito penal–: «*dada la indudable intencionalidad política de la infracción administrativa sancionada, es indudable que, ope legis, la figura jurídica actuada borra de la vida del Derecho de conformidad con las exigencias institucionales que le son propias el ilícito administrativo en su día perseguido, por lo que como consecuencia inevitable cesan jurídicamente todos los efectos o consecuencias desfavorables que aun pendientes puedan desprenderse o ampararse en el acto administrativo que la amnistía anula ex tunc o de una manera absoluta*». Esa misma posición fue la asumida en la ulterior sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1984 en la que también se tuvo ocasión de examinar la naturaleza de la amnistía, en comparación a la figura del indulto, tras el dictado de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, en el seno de infracciones gubernativas: «*La naturaleza de este instituto [la amnistía] es la que con su aplicación quedan borradas en su totalidad y consecuencias el hecho que motivó la imposición de las sanciones pecuniarias, lo que significa un grado superior y distinto al perdón (indulto), ya que del referido hecho ni siquiera deben quedar sus antecedentes*»³³⁶.

³³⁵ STC de 14 de diciembre de 1984 matiza que no alcanza la completitud de los efectos *ex tunc* desplegados por una declaración de nulidad que devolvería la situación jurídica a la existente antes de la promulgación de las normas derogadas por la amnistía, en relación con el ordenamiento jurídico preexistente que no es revivido. Sobre la limitación que impide una alteración histórica, se pronuncia la sentencia SAN de 13 de julio de 2000: «*ha de partirse del concepto jurídico de Amnistía, por cuanto que esta institución jurídica se configura como un modo de extinción ex tunc de una sanción, (...), en su consecuencia, la proyección jurídica de la amnistía implica la extinción absoluta, total y retroactiva de los efectos de la sanción impuesta, –como dice el artículo 7 de la Ley 44/1977, de 15 de octubre, el reintegro de la plenitud de los derechos activos y pasivos–, pero esta institución no permite alterar la realidad histórica de los hechos acaecidos durante el tiempo que perduró la sanción anulada, hasta el punto de falsear esta realidad histórica, mediante la adopción en momento posterior y una vez anulada la sanción, de los pasos intermedios que en la realidad fáctica no han ocurrido, pretensión que excede del ámbito jurídico en que actúa la amnistía, llamada a eliminar los efectos jurídicos que la sanción ha acarreado al interesado, pero no puede alterar la realidad histórica de esos mismos hechos*».

VALLÈS MUÑO, «Amnistía y responsabilidad civil», p. 10; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 65. MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía, El Derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Ed. Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2010, pp. 195-199, califica estas leyes de amnistía como leyes penales intermedias, al entrar en vigor después de acaecer el hecho juzgado y perder su vigencia antes de juzgarse el hecho.

³³⁶ Acerca de la eliminación de los antecedentes que provoca la amnistía, a diferencia del indulto, se pronuncia el ATS de 18 de enero de 2001.

GAROFALO, *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. por DORADO MONTERO, La España Moderna, Madrid, 189-?, p. 336, crítico con la institución: «*la amnistía abolece el delito mismo; es una fórmula asaz humorística, pero que sirve, no obstante, para destruir en los archivos judiciales todo rastro de delito, jde tal manera, que el reincidente deja de serlo porque el gobierno lo dispone así! Afortunadamente, en nuestros días, los Estados más cultos abusan poco de este derecho de amnistía, y es de esperar que dentro de poco ni siquiera exista*».

Aunque normalmente la amnistía puede desplegar sus efectos antes de que se produzca un pronunciamiento condenatorio, impidiéndolo³³⁷, nada obsta para que su alcance se extienda a conductas sobre las que ya exista condena si se comprenden en su ámbito material.

Como ya quedó expuesto al efectuar la aproximación terminológica, la amnistía no es solo perdón, sino también olvido³³⁸. Un olvido activo³³⁹, una actitud³⁴⁰ que encierra, en sí y como apuntara KOLNAI³⁴¹, una paradoja ya que, como perdón, presupone un juicio negativo previo³⁴². Por tanto, la potencia de sus efectos es mayor que los desplegados por el instituto

³³⁷ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 899; CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 12, 136, lo considera como un factor esencial que diferencia el indulto de figuras como la amnistía, la inmunidad y la prescripción.

³³⁸ SCHMITT, «Amnestie ist die Kraft des Vergessens. Wann werden wir den Bürgerkrieg beenden?», en *Sonntagsblatt*, núm. 3, 15 de enero de 1950, p. 17 y su réplica en «Amnestie – Urform des Rechts», en *Die Zeit*, núm. 38, 21 de septiembre de 1950: «Amnestie bedeutet Vergessen und ein Verbot, in der Vergangenheit herumzuwühlen, um dort Anlaß zu weiteren Racheakten und Erstazansprüchen zu finden, nachdem die Schuldigen bestraft sind. (...) Die Amnestie ist ein gegenseitiger Akt des Vergessens. Sie ist keine Begnadigung und kein Almosen». MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 50-51, interpreta la referencia de SCHMITT a la «amnistía» efectuada a la «reconciliación».

Estudio sobre las leyes de amnistía y sobre su papel en la protección de la promoción de los derechos humanos, elaborado el 21 de junio de 1985 por JOINET, relator especial de las Naciones Unidas (E/CN.4/Sub.2/1985/16), pp. 5, 8, llega a reconocer a la amnistía como un derecho (humano) al olvido: «amnesty as a human right (the right of oblivion)» (p. 5). PENSKY, «Amnesty on trial: impunity, accountability, and the norms of international law», en *Ethics & Global Politics*, vol. 1, núm. 1-2, 2008, pp. 6, 9, advierte, sin embargo, la diferencia entre la conceptualización de las amnistías de JOINET y la que actualmente se maneja.

³³⁹ No acaece por el mero transcurso del tiempo. RIEFF, «Cumplir con el deber de olvidar»: «cuando la memoria colectiva condena a las comunidades a sentir el dolor de sus heridas históricas y el enconamiento de sus agravios, no es preciso cumplir con el deber de recordar, sino con el deber de olvidar. En este tipo de situaciones, ¿se puede decir qué es peor, el recuerdo o el olvido? No existe una respuesta categórica. Pero dadas las tendencias agresivas de la humanidad, es posible como mínimo que el olvido, a pesar de todos los sacrificios que impone, sea la única respuesta prudente; y en ese sentido debería ofrecer cierto consuelo más que causar consternación»; mismo autor, *Elogio del olvido, passim* (especialmente, pp. 53, 56-60, 76-78, 85-87, 124, 146-149, 173-174), apunta a que una sociedad madura puede tener que recurrir a la necesidad del olvido; RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, p. 531, incide en que la diferencia entre el perdón y el olvido es que el primero implica reconciliación con el pasado; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy», p. 231: «quien acepta la amnistía también tiene que darla y quien la concede tiene que saber que también la recibe»; SCHMITT, «Amnistía es la fuerza de olvidar», en *El País*, 21 de enero de 1977: «La amnistía es un acto mutuo de olvidar. No es ni un indulto ni una limosna. Quien acepta la amnistía también tiene que darla, y quien concede amnistía tiene que saber que también la recibe»; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, pp. 49-53, 57-58; ZIELCKE, «Gnade vor Recht?», en *Redaktion Kritische Justiz*, 1990, vol. 23, núm. 4, p. 467, cauteloso, admite que la amnistía puede ser positiva en el sentido de representar una dramatización moral de la conciencia colectiva. JÄGER, «Amnestie für staatliche Verbrechen?», en *Redaktion Kritische Justiz*, 1990, vol. 23, núm. 4, p. 470, crítico con la representación asumida por ZIELCKE.

Su contrario sería el olvido pasivo, en forma de dictadura de silencio y de ausencia de reconocimiento colectivo; vid. MATUS GONZÁLEZ, M., «Verdad histórica y perdón: El caso alemán, 1945-2009», pp. 33-41, sobre el contexto alemán vivido en la década de 1960.

³⁴⁰ AGUIRRE MONASTERIO, «La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización», en *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 12, diciembre de 1998, pp. 85-86; GUZMÁN ERRÁZURIZ, «Indulto presidencial y terrorismo», pp. 290-291; HAMPTON, «The retributive idea», p. 157; MARKEL, «Against mercy», p. 1440. KOLNAI, «Forgiveness», pp. 103-104, advierte que esa actitud no ha de traducirse en una estrategia moralizante; TORRALBA, *El perdón*, pp. 9, 36.

³⁴¹ KOLNAI, «Forgiveness», pp. 95-99: «Then by “forgiving” you accept it [the wrong] and thus confirm it and make it worse; or the wrongdoer has suitably annulled and eliminated his offence, and then by harping on it further you would only acknowledge the fact that you are no longer its victim. Briefly, forgiveness is either unjustified or pointless» (pp. 98-99).

³⁴² CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 135, mismo autor, «Amnestie: Wenn das Vergessen zur staatsbürgerlichen Pflicht wird: Überlegungen zum Wesen und zur Legitimität des befohlenen

del indulto ya que la amnistía incide no sobre la pena prevista para un determinado comportamiento delictivo sino sobre el delito mismo³⁴³. La concesión de la amnistía, por tanto, produce un efecto ficción: es como si el delito nunca hubiera existido³⁴⁴.

Especialmente ilustrativa fue la plasmación de esta ficción en un texto normativo, en el art. 103 del Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 en el que expresamente se recogía: «*La amnistía extingue la responsabilidad penal y todos los efectos del delito, como si éste no se hubiera cometido*»³⁴⁵.

Anteriormente, en la Francia regida por el Rey Enrique IV, éste consiguió poner fin a las Guerras de Religión entre católicos y protestantes calvinistas, proclamando en abril de 1598 el Edicto de Nantes, cuyo primer precepto, expresamente exhortaba: «*Premièrement, que la mémoire de toutes choses passées d'une part et d'autre, depuis le commencement du mois de mars 1585 jusqu'à notre avènement à la couronne et durant les autres troubles précédents et à leur occasion, demeurera éteinte et assoupie, comme de chose non advenue. Et ne sera loisible ni permis à nos procureurs généraux, ni autres personnes quelconques, publiques ni privées, en quelque temps, ni pour quelque occasion que ce soit, en faire mention, procès ou poursuite en aucunes cours ou juridictions que ce soit*»³⁴⁶.

Vergessens», en Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 90, núm. 4, 2004, p. 534, caracterizándolo de esquizofrénica; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 116; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 43-48; RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 531-532, 599, si bien matiza que el perdón no se enfrenta frontalmente con la falta, sino solo marginalmente con el culpable; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», p. 72; SILVA SÁNCHEZ, «De nuevo, el perdón», pp. 2-3, anuda a ello que el perdón requiere una gran fuerza espiritual y valentía moral. En este último sentido, vid. ROJAS MARCOS, «Perdonar lo imperdonable», en El País, 1 de septiembre de 2002, con motivo del ataque contra las Torres Gemelas, el 11 de septiembre de 2001.

³⁴³ IMPALLOMENE, *Istituzioni di Diritto Penale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Milán-Nápoles-Roma, 1921, p. 473; LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», en MATUS (Dir.), *250 años después Dei Delitti e delle pene, De la obra maestra a los becarios, Vigencia de los delitos y de las penas*, Ed. B de f, Buenos Aires, 2011, p. 506. Aquella mayor potencialidad de la amnistía, también en lo que a los efectos de la pena se refiere, tenía reflejo en el art. 112. 3º CP 1973.

³⁴⁴ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 275; CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 135-136; mismo autor, «Amnestie», pp. 533-534; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 142; DORADO MONTERO, voz «Amnistía é indulto», en MOUTÓN y OCAMPO/ALIER y CASSI/OLIVER RODRÍGUEZ/TORRES BALLESTÉ (Dirs.), *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo II, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1910, p. 711. Nótese que, en la versión de 1965, las voces de amnistía e indulto aparecen ya diferenciadas, mientras que la acepción de la voz «Indulto» de la obra fechada en 1910 (tomo 18, p. 968) refiere simplemente: «*La palabra indulto tiene dos acepciones. En una significa privilegio concedido para poder hacer alguna cosa. Y en la otra es la gracia nacida de la potestad suprema, mediante la cual se concede la exención de algún deber. En este último sentido es el perdón o la condonación que en nombre de la justicia superior a la de la misma ley, o a impulsos de la bondad de corazón, hace el Soberano de toda o parte de la pena impuesta por el Tribunal a un reo, o la conmutación por otra considerada más suave* – V. AMNISTÍA E INDULTO». También, AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 72; GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 898; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1435, 1472; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», p. 379: «*da por inexistente jurídicamente lo que en realidad llegó efectivamente a existir*». JANKÉLÉVITCH, El perdón, pp. 65-68, 134, sobre la amnistía y la ficción de «hacer como si no se hubiera cometido»: «*La res facta no solo resulta prácticamente nula (como ocurriría con el envejecimiento), sino que anula el fecisse, como no advenido*», (p. 65) tratándose de un «hacer como si», pero no de un «hacer que».

³⁴⁵ Código Penal de la Marina de Guerra, publicado en la Gaceta de Madrid núm. 249, de 5 de septiembre de 1888, p. 680.

³⁴⁶ RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, p. 579, subraya el lado mágico de la operación.

Por cuanto antecede, se ha repetido que la amnistía tendría un efecto de *derogación particular de la Ley penal*³⁴⁷; efecto que, más exactamente, consiste en la excepción en su aplicación³⁴⁸, dado que las conductas típicas continúan vigentes³⁴⁹.

En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de julio de 1983 al analizar, en el recurso de amparo promovido por la Asociación de Aviadores de la República, la naturaleza de la amnistía concedida por el Real Decreto-Ley 10/1976³⁵⁰ –a la que siguieron la Ley 46/1977, el Real Decreto-Ley 6/1978 y la Ley 10/1980–³⁵¹. Lo que ante el Tribunal Constitucional se planteó fue el

³⁴⁷ LINDE PANIAGUA, «Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978», p. 57, emplea este rasgo como argumento, *ex art.* 9. 3 CE, para defender la posibilidad de concesión de las amnistías; mismo autor, *Amnistía e indulto en España*, pp. 47-50, sobre la diferencia de efectos de la amnistía y la retroactividad; OLLÉ SESÉ, «Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales», en TURÉGANO MANSILLA (Coord.), *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 87; PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», pp. 64-65; REQUEJO PAGÉS, «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», en Revista electrónica de historia constitucional, núm. 2, 2001, p. 92, párrafo 26, contraponiendo el efecto derogatorio de la amnistía y el efecto revisor del indulto particular; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 67, 84-85, 206, citando la postura de DORADO MONTERO; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», p. 379.

Crítico con la denominación, AGUADO RENEDO, «Derecho de gracia», p. 58, al entender que su incorrección se deriva de la perspectiva de la teoría de las fuentes.

³⁴⁸ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 138-139; LASCURÁIN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», en Revista penal, núm. 28, julio de 2011, p. 97; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, núm. 5, 2013, p. 230, sobre la detención del funcionamiento aplicativo de una norma considerada imprescindible para la preservación de la libertad que genera la amnistía; ZAGREBELSKY, *Amnistía, indulto e grazia*, pp. 71-74.

³⁴⁹ Ilustrativo, el acuerdo núm. 488/2008, de 7 de octubre de 2008 del Tribunal Constitucional portugués, sobre la amnistía: «A amnistía apaga retroactivamente a punibilidade criminal dos factos típicos, continuando os tipos penais a valerem, por inteiro, para o futuro».

³⁵⁰ Vid. GIL GIL, «España», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo-Berlín, 2009, pp. 478-479.

³⁵¹ Sintetizada en STC de 14 de diciembre de 1984 al examinar la naturaleza de las leyes de amnistía: «a) el fundamento de la amnistía “alumbrada por la idea de una negación de las consecuencias subsistentes de un derecho anterior cuya corrección se hizo indispensable”, y b) que el ejercicio del poder que se traduce en las normas de amnistía está vinculado al principio de igualdad. Pero tales consideraciones y el más intenso de los objetivos de la amnistía, la derogación retroactiva tendente a reconstruir la situación anterior a las normas que se derogan, no pueden hacer desaparecer la eficacia constitutiva de las normas de amnistía.. (...) Con arreglo a este criterio: a) el objetivo más intenso perseguido por la amnistía, la completa derogación retroactiva de unas normas y de los efectos anudados a ellas, no implica necesariamente que la técnica jurídica empleada sea la de la “reviviscencia” de las normas derogadas por las que a su vez se derogan con la amnistía, y b) en consecuencia de ello, el mencionado fundamento o principio inspirador de la amnistía es compatible con la limitación de sus efectos reintegradores; esto es, podrá ocurrir que, a pesar de la amnistía y dado la eficacia constitutiva o atributiva de ella, el régimen jurídico resultante de la misma no incluya la totalidad de los efectos que se deducirían de la aplicación sin interrupción de las normas que quedaron afectadas por la ruptura que supuso la guerra civil». Citada ulteriormente en STC de 25 de noviembre de 1986: «la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa –en sentido amplio– que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común. En unos casos normalmente para relaciones en las que el Estado aparece involucrado como poder público, la aplicación de la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina “derogación retroactiva de normas”, haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad

distinto tratamiento dispensado por aquel Real Decreto-Ley 10/1976 entre los funcionarios civiles del Estado amnistiados y los miembros de las fuerzas armadas del Ejército de la República, aviadores o militares que ingresaron o consolidaron su empleo después del 18 de julio de 1936. Para aquellos que ejercían la función pública civil, se aprobó su reintegración en el servicio activo y el reconocimiento de antigüedad, incluso para la determinación del haber pasivo; en relación a las fuerzas armadas, sus miembros no serían reintegrados a su carrera y empleo, no podían acogerse plenamente a la situación de retirado, solo tendrían el derecho a una pensión y el haber pasivo sería fijado de acuerdo con el empleo militar en el momento del hecho amnistiado. En dicha resolución, el Tribunal Constitucional advierte: *«resultaría insuficiente, y acaso equivocado, el examinar el Real Decreto-Ley 10/1976, y las otras disposiciones citadas, desde una perspectiva limitada a los análisis que ven en la amnistía un instituto fundado en la clementia principis y un ejercicio del derecho de gracia, que comporta una extinción de la pena, o para algunos, del delito (o extendida a ámbitos sancionatorios, la sanción), pues, sin dejar de tener este alcance en algunos de sus contenidos, destaca en el caso actual la razón derogatoria retroactiva de unas normas, y de los efectos anudados a las mismas, derogación que en el más intenso de sus objetivos tenderá a reconstruir la situación anterior, pero que no perderá este carácter porque el efecto reintegrador sea más limitado».*

Dada la fuerza de los efectos que produce la aprobación de una amnistía y considerando que su aplicación no requiere que el sujeto beneficiado por ella haya sido condenado³⁵² (siquiera, en ciertos casos, conocer su identidad³⁵³ o que se interese o promueva respecto de él³⁵⁴) –al contrario que ocurre con el indulto particular–, se generan ciertas reticencias dogmáticas, aduciéndose que es una figura que supone la renuncia estatal a la pretensión punitiva respecto de unos hechos delictivos³⁵⁵, que representa la impunidad³⁵⁶ y que se erige como paradigma de incumplimiento de un supuesto deber del Estado a castigar³⁵⁷ (o a iniciar el procedimiento

afectado, con todas sus secuelas, con lo que puede decirse que el derecho revive con carácter retroactivo» (...) *«la concesión de una amnistía implica un juicio crítico sobre toda una etapa histórica, eliminando los efectos negativos de cierto tipo de leyes emanadas durante su transcurso».* Dicha resolución fue utilizada como fundamento en la STC de 7 de julio de 1987, que declaró parcialmente inconstitucionales los arts. 1 y 4 de la Ley 37/1984, en relación a la distinción de trato entre los funcionarios civiles y los funcionarios del Ejército republicano que obtuvieron con carácter efectivo su empleo con posterioridad al 18 de julio de 1936, al no aplicar idéntico criterio a los funcionarios militares profesionales que hubieran sido nombrados o hubieran consolidado sus empleos con carácter definitivo antes y después del 18 de julio de 1936; es decir, por acoger un dato cronológico discriminatorio y carente de fundamento.

³⁵² CAMPELO IGLESIAS, «El indulto y su incidencia en las actuaciones judiciales», p. 3; PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», en WALDHOFF (Dir.), *Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2014, p. 94.

³⁵³ CAMPAGNA, «Amnestie», p. 536: *«Wo amnestiert wird, da wird (...) das Verbrechen durch ein Gesetz vernichtet, und der Amnestierte hört –zumindest für die Rechtswelt– auf, ein Verbrecher zu sein bzw. Kann die Rechtswelt ihm die Identität des Verbrechers nicht auferlegen oder anerkennen. Seine –rechtliche– Unschuld wird nicht durch ein Gericht festgestellt, sondern sie wird durch ein Gesetz wieder hergestellt».*

³⁵⁴ BOURGET, «Entre amnistía e imprescriptible», en ABEL, O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992, p. 53: *«la amnistía se impone incluso a aquellos que la quieren rechazar, signo manifiesto de que este tipo de perdón actúa en primer lugar en interés de la sociedad, y no del perdonado».*

³⁵⁵ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 109, 155, sobre esta posible interpretación.

³⁵⁶ DUBOIS, «Los abusos de la gracia», p. 310, defiende que gracias a la aprobación de las amnistías: *«Los delincuentes caminan con la cabeza alta como las personas honradas».*

³⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en Revista Electrónica de la Facultad de

para el castigo de) conductas delictivas³⁵⁸. Dicho efecto, se aduce, ocasiona un efecto de segunda victimización³⁵⁹. En este sentido y como argumento adicional, se apunta a que el hecho de que pueda ser aplicable incluso cuando no exista una resolución de signo condenatorio, restringe el acometimiento de la función expresivo-simbólica de la declaración de responsabilidad que conlleva toda sentencia condenatoria³⁶⁰.

Como señala MACULAN, esta construcción supone un *cambio genético* para el Derecho penal y subvierte la concepción de éste como un instrumento del Estado para el mantenimiento del orden social. Su defensa implica convertir el derecho a castigar en una verdadera obligación (*officium puniendi*), un «*deber estatal basado en la finalidad de satisfacción a la víctima*»³⁶¹.

Sin embargo, existen cuatro consideraciones que no deben ser obviadas y que neutralizan los anteriores reproches³⁶²:

Derecho, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología de Costa Rica, núm. 1, julio de 2011, pp. 40-44, sobre el concepto de impunidad, de la genealogía de las teorías contra la impunidad y los elementos constitutivos de ella.

MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 106-108, 147-148, sobre la existencia de un derecho subjetivo del Estado al castigo ante la presencia de un delito y no de un deber, que nacería de la necesidad de reafirmar la autoridad del derecho quebrantado.

³⁵⁸ BECA FREI, «Indulto particular: perfeccionamiento de una institución arcaica hacia la protección de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013, p. 495; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 25-26, 29-30.

³⁵⁹ En contra, CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 158-159, sobre la ausencia del efecto de doble victimización con la aprobación de una amnistía; efecto que, sin embargo, puede ser causado por la desatención que puede sufrir en esa nueva etapa que se abre con la amnistía: «*Den Opfer der Straftaten muss dementsprechend nicht immer ein zweites Unrecht geschehen, wenn die Täter nicht bestraft sondern amnestiert wird. Es geschieht ihnen allerdings ein zweites Unrecht, wenn man sie beim Neubeginn ganz unbeachtet lässt, und zwar unabhängig davon, ob die Täter bestraft werden oder nicht. Will man durch die strafrechtliche Amnestie die nationale Einheit wieder herstellen, dann muss diese Amnestie den Tätern und den Opfern etwas bringen*» (p. 159); SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 47, defiende que ni el indulto ni la amnistía conllevan necesariamente una segunda victimización que los haga inaceptables desde la perspectiva de la dignidad de las víctimas.

Crítico con las teorías sobre la (ya) tercera victimización en el ámbito de los delitos de terrorismo, FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo», en VÁZQUEZ PONTOMEÑE/GUINARTE (Dirs.), PÉREZ RIVAS/SOUTO GARCÍA (Coords.), *Un sistema penal orientado a las víctimas, Estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 116, 118.

³⁶⁰ SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Étude de criminalité sociale, Librería Félix Alcan, París, 1927, p. 170: «*L'idée de sanction implique que la peine est l'expression de la réprobation sociale, l'expression d'un blâme public, fondée sur le trouble et l'emotion causés par le crime*».

³⁶¹ MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo. Con especial referencia al caso colombiano», materiales entregados en la ponencia realizada en el seno del seminario permanente del Área de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 9 de junio de 2015, pp. 9-10; misma autora, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», p. 5. En este sentido, también FABRICIUS, «Uruguay just desert: ¿hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido?», en GALAIN, *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 195-196: «*La afirmación ocasional de que exista una obligación de castigar, se podría considerar como una expresión vacía e imprecisa; a no ser que la obligación se limite tan solo a la realización del proceso penal*».

³⁶² Vid. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 83 ss. (especialmente, pp. 87-89); TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 37-40.

(i) que la amnistía se ha empleado en entornos excepcionales como pueden ser los denominados de justicia transicional o de superación del pasado –*Vergangenheitsbewältigung*–³⁶³ (como históricamente ocurría en los tratados de capitulaciones y acuerdos de paz tras un conflicto bélico³⁶⁴), como un acto político primario³⁶⁵ –pero no ajeno al Derecho–;

(ii) que es a través de una Ley, dimanante del poder legislativo –el mismo que determina qué hechos son susceptibles de ser considerados delito y cuáles no–, la que determina el ámbito y alcance de la amnistía por lo que la desaprobación planteada debería hacerse extensible, de modo insostenible, a cualquier modificación legislativa que supusiera la destipificación de una conducta o una menor carga punitiva anudada a un hecho previamente tipificado³⁶⁶;

(iii) que la aprobación de una amnistía no implica que se impida el resarcimiento a la víctima de aquellos daños que le fueron irrogados³⁶⁷; y

(iv) que el efecto expresivo-simbólico de la sentencia, en estos concretos escenarios, se puede ver satisfecho y remplazado por el potencial efecto que despliega la propia aplicación de la amnistía respecto del sujeto³⁶⁸.

³⁶³ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 27, sostiene que no tendría tal consideración un mero cambio de gobierno.

³⁶⁴ STC alemán de 22 de abril de 1953.

ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 45-50 inserta la amnistía no como derecho de gracia sino como derecho de guerra: «*que no es derecho, sino poder del vencedor sobre el vencido*» (p. 50).

ZIELCKE, «*Gnade vor Recht?*», pp. 463-464; KANT, *Sobre la paz perpetua*, 1795, en trad. por ABELLÁN, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 24, 67, distingue entre acuerdo o pacto de paz y federación de paz, con la que se conduciría a la paz perpetua y al único estado jurídico compatible con la libertad: «*la razón, desde el trono del máximo poder legislativo moral condena la guerra como una vía jurídica y convierte, en cambio, en un deber inmediato el estado de paz, que no puede establecerse o garantizarse, ciertamente, sin un pacto entre los pueblos: tiene que existir, por tanto, una federación de tipo especial a la que se puede llamar la federación de la paz (foedus pacificum), que se distinguiría del pacto de paz (pactum pacis) en que éste buscaría acabar con una Guerra, mientras que aquélla buscaría terminar con todas las guerras para siempre*» (p. 24).

³⁶⁵ BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, p. 94; CADALSO, *La libertad condicional*, p. 275; FREEMAN, *Necessary Evils*, Ed. Cambridge University Press, Nueva York, p. 17; RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, p. 579.

Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, p. 4: «*An amnesty is considered to be the juridical expression of a political act whose expected effects directly concern the promotion or protection of human rights and, in some instances, the return to, or consolidation of, democracy*».

³⁶⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1435.

³⁶⁷ CAMPAGNA, «*Amnestie*», pp. 541-543; VALLÈS MUÑO, «*Amnistía y responsabilidad civil*», pp. 10-11.

En contra, PINEDA, «*Derecho de gracia o indulto*», p. 35.

³⁶⁸ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 159-162; WERLE, «*Transitional Justice – Der juristische Rahmen*», en MÜLLER/SANDER/VÁLKOVÁ, *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 2009, p. 794: «*enthält die Generalamnestie immerhin eine mitterlbare Anerkennung des begangenen Unrechts*»; GÜNTHER, «*Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie*», en SMITH/MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, pp. 56-59; TEITEL, *Transitional Justice*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 54-59: «*Amnesties, particularly where conditional and granted on an individual basis, can operate like punishment. Punishment's waiver, like its threat, can be an effective form of transitional political regulation*» (p. 54); «*Both punishment and amnesties can play constructive roles in defining the political transition. (...) Through democratic processes, amnesties obtain a measure of political accountability; the political processes accompanying legislative amnesties, enable broad deliberation concerning the nature and significance of the past wrongdoing for the State*» (p. 58); «*Ultimately, amnesties and punishment are but*

2.2.2. Esencia de la amnistía. Ámbito sustantivo y material

La adopción de la ley de amnistía no atiende a la individualidad de los sujetos afectados por ella; no se concede *nominaten*³⁶⁹. No obedece, tampoco, a la adecuación de la justicia penal a un supuesto concreto particular, sino que responde a la necesidad de acoger razones de Estado más cercanas y propias de la política que del Derecho³⁷⁰; «*no es un acto jurídico, sino político*»³⁷¹. La amnistía responde a motivaciones políticas³⁷² (razones políticas en sentido estricto y en sentido amplio –caso de las llamadas amnistías fiscales, aprobadas por razones utilitaristas–).

Por este motivo, por tratarse de una figura más política que jurídica³⁷³, es por lo que, para valorar su contenido y ámbito sustantivo, no pueden ser acogidos criterios de valoración y evaluación *estrictamente* jurídicos. Su finalidad material responde a un contexto político y, por consiguiente, cualquier aproximación para evaluar su adecuación sustantiva que pretenda efectuarse en atención a estrictos criterios jurídicos, no resultará, *per definitionem*, ni adecuada ni satisfactoria. La precedente afirmación no implica asumir que la amnistía se sitúe fuera de toda consideración para el Derecho, sino todo lo contrario: la disposición del Derecho para gestionar, a través de esta figura, también los estadios políticos más complicados³⁷⁴.

two sides of the same coin: legal rites that visibly and forcefully demonstrate the change in sovereignty that makes for political transition» (p. 59).

³⁶⁹ VON LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín-Leipzig, 1932, p. 441. Sobre la prohibición de amnistías individuales, MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 29-38: «*Die Individualamnestie ist ein unzulässiger Rechtsprechungsakt in Gesetzesform*».

³⁷⁰ PALACIOS LUQUE, «Sobre la amnistía y el indulto», p. 9; PENSKY, «Amnesty on trial», p. 19; PÉREZ DEL VALLE, «Amnistía, Constitución y justicia material», p. 188.

³⁷¹ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 98; CADALSO, *La libertad condicional*, p. 275: «*al aplicar este modo de extinguir la responsabilidad penal, se procura más la paz pública que el interés de los amnistiados; más la tranquilidad del país y la defensa de las instituciones, que la conveniencia de los comprendidos en la gracia. Por esto no se les concede individualmente, sino en conjunto, y por esto aparece la amnistía, no como acto jurídico, sino como medida política*». En el mismo sentido, CAMPAGNA, «Amnestie», pp. 530-531; GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, p. 279; WALKER, «The quiddity of mercy», en *Philosophy*, enero de 1995, vol. 70, núm. 271, p. 33.

³⁷² ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 5, 1922, núm. 17, p. 9; DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 818, la vincula con significados acontecimientos políticos; LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 506; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», pp. 1030-1031; PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia, ó de la remisión y conmutación de las penas. Su origen. Su conveniencia. Indultos. Amnistías», pp. 282-283: «*Las amnistías son hoy un medio tan indispensable para el gobierno de los pueblos, que ni aun concibo yo cómo podría haber un gobierno en el que se careciese de la facultad de agraciar*» (p. 283).

³⁷³ Quien fue Presidente de Sala del Tribunal Supremo y miembro de las Comisiones de Codificación de la Península y Ultramar, BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 23-24, se pronunciaba así: «*Medida de generosidad y perdón que lleva en sí en admirable consorcio la clemencia y la previsión. Ella desarma comúnmente las actitudes de represalias en el ánimo de los vencidos, extingue el peligroso rescoldo de un incendio, no totalmente apagado (...)*»; «*No pueden fijarse reglas para la amnistía. Acto esencialmente político, sólo se mide por las circunstancias y la conveniencia pública*».

³⁷⁴ KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», pp. 68-74 (especialmente, pp. 68 y 73): «*Gnade hat selbständige Bedeutung als Teilelement einer staatskonstitutiv-friedensstiftenden, politischen Gerechtigkeit. In diesem Satz ist Gnade nicht als ein Rechtsmittel im Gefüge des funktionen-teilenden Staates definiert, sondern als Element der sich selbstbestimmenden Neubegründung des staatlichen Allgemeinwillens - aus der Negation, der Krise, dem relativen Mangel wirklicher Staatlichkeit. (...) Daher gilt es, auch im Hinblick auf aktuelle Erscheinungen, zu verharren. (...) Historische Erinnerung zeigt, daß sich nach kollektiven*

Sin perjuicio de que ulteriormente se profundizará en el análisis de esta cuestión³⁷⁵, debe anticiparse que en determinados escenarios caracterizados por su excepcionalidad³⁷⁶, por identificarse con estados de necesidad, puede generarse una fuerte tensión³⁷⁷ entre la justicia y la convivencia pacífica³⁷⁸. La justicia, entendida exclusiva y limitadamente como persecución y eventual castigo penal³⁷⁹, y la convivencia, representada como fin a una situación de violencia intraestatal para alcanzar una pacificación³⁸⁰ y como evolución hacia un régimen democrático³⁸¹. La amnistía se representa, en cuanto legislación de emergencia³⁸², como un posible recurso del Derecho idóneo para liberar aquella presión³⁸³.

Krisenzeiten, namentlich nach Bürgerkriegen, die friedensstiftende Neukonstitution verfaßter Staatlichkeit regelmäßig mit Gnade/Amnestie –Vergeben und Vergessen– der in der Krise begangenen Verbrechen verbindet» (p. 68); *«Gnade und Begnadigung tragen mithin Rechtscharakter, wiewohl höheren als den abstrakt-gesetzlichen, ebenso wie politische Gerechtigkeit als Selbstbestimmung der Allgemeinheit aus der Idee des Rechtsstaates vom jeweils faktisch existierenden Staat und seinem Recht in seiner endlich entwickelten Weise zu unterscheiden ist»* (p. 73). Estos pasajes serían los asumidos positivamente por JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2001, p. 346, nota 41 *in fine*: *«[KÖHLER] zeigt freilich zutreffend die Möglichkeit der Begnadigung als (zwar nicht idealen, aber praktisch gangbaren) Ausweg aus einem Beharren in Selbstgerechtigkeit»*.

MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 218; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 35, la llegó a describir como un medio indispensable de existencia: *«Nunca, y menos en la época actual, tan conmovida por turbulencias políticas, se puede privar a los Gobiernos de un medio indispensable de existencia, como es el de las amnistías»*.

³⁷⁵ Vid. apartado 4.4.6.3.2. *La utilización de la figura del indulto para alcanzar fines de política interior*.

³⁷⁶ VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 66.

³⁷⁷ MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 2, 5; MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 208-209, 215-216, traduce la tensión entre el ideal de punición y la (contingente) necesidad de impunidad para obtener la paz, si bien anticipa que no puede resolverse a través de una ponderación, ya que la paz es siempre interés prioritario.

³⁷⁸ Interesantes las reflexiones de CAMPAGNA, «Amnestie», pp. 540-545 (especialmente, p. 544), negando que exista un conflicto entre dos bienes heterogéneos. Según CAMPAGNA, se trata del mismo bien (la justicia –*Gerechtigkeit*–) con un factor temporal que marca la diferencia, para concluir que sería una cuestión de atender a la bidireccionalidad retrospectiva-prospectiva: *«Mag eine Amnestie auch nicht mit dem Wesen einer rückwärtsgewandten Gerechtigkeit vereinbar sein, so kann sie doch manchmal einer vorwärtsgewandten Gerechtigkeitsfrage entgegenkommen»*.

³⁷⁹ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 208, nota 3.

³⁸⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», pp. 506-507; SMITH, «Ein normatives Niemandsland? Zwischen Gerechtigkeit und Versöhnungspolitik in jungen Demokratien», en SMITH/MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, p. 13: *«Die Praxis der Amnestie bewegt sich also im Niemandsland zwischen der Forderung nach Gerechtigkeit und der Notwendigkeit des Erhalts des sozialen Friedens. (...) Amnestie ist ein Rechtsbegriff fast ohne rechtliche Füllung, der paradoxerweise gerade im Übergang zum Rechtsstaat rechtsstaatliche Normen außer Kraft setzt»*.

³⁸¹ Ilustrativa es la STS de 30 de diciembre de 1980 en la que, al interpretar el significado de «restablecimiento de las libertades públicas» contenido en el art. 1. I. b de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, explica: *«se refiere al respeto a los derechos humanos, a la participación del pueblo en las tareas públicas, al pluralismo y al pluripartidismo, a la libertad de asociación y de actuación política, a la libertad de actuación y asociación sindical y, en fin, al establecimiento de un régimen democrático, asentado en los tres clásicos poderes y presidido por unas cortes representativas»*.

JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición»; NINO, *Radical evil on trial*, Ed. Yale University Press, New Haven-Londres, 1996, pp. vii, x, destaca como objetivo ese proceso de democratización, el ánimo de consolidar regímenes democráticos; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, pp. 130-131, las considera como *perdones fundantes*.

³⁸² Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, pp. 3, 5-10, 9, las califica como una forma: *«of ad hoc, emergency legislation»* (p.3), *«[the amnesty] became used increasingly as a means of assuring social peace (“general and universal tranquillity”) and even political peace (“obviating disorder and sedition”)»* (p. 5).

La perspectiva objetiva de esta figura supone, por consiguiente, que la aprobación de una ley de amnistía, como ocurriera en la transición española³⁸⁴, tenga como razón de ser precisamente la pacificación general³⁸⁵, el cierre de un acuerdo de pacificación que asegure un equilibrio futuro³⁸⁶ de convivencia democrática³⁸⁷.

La concreción precisa de ese escenario de pacificación puede responder a diversa fenomenología: un conflicto entre facciones enfrentadas, tras una guerra civil³⁸⁸; una

MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 217-218, la llega a concebir como cláusula de supervivencia del Estado.

³⁸³ AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, p. 29; GÜNTHER, «Warum Transitional Justice auf die Feststellung strafrechtlicher Schuld angewiesen ist – Zwölf Thesen», en NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013, pp. 271-273; NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 55.

En contra de su empleo, PRITTWITZ, «Verantwortung als Schlüsselbegriff strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung», misma obra, p. 259. Cfr. SCHWAN, «Die Idee des Schlußstrichs- oder: Welches Erinnern und welches Vergessen tun der Demokratie gut?», en SMITH/MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, pp. 91-95, sobre los argumentos favorables y contrarios a utilizar una amnistía en estos contextos de transición a la democracia.

³⁸⁴ Vid. referencias en el [apartado 4.4.6.3.2.2. El indulto como instrumento utilitario para alcanzar la paz social y la concordia](#).

BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», pp. 22-23; PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», p. 66; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy», pp. 230-231.

³⁸⁵ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 149-151; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 53-54, 72, 88-89.

³⁸⁶ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 22-27, 28-36, sobre el devenir: «El hombre que consiente al devenir y renuncia al deleite de la machaconería fluidifica el advenimiento del porvenir, lubrica la sucesión del antes y el después» (p. 31); PALACIOS LUQUE, «Sobre la amnistía y el indulto», p. 10: «La amnistía tiene un sentido de pretérito con claro alcance del futuro, mientras que el indulto lo es sólo de presente».

³⁸⁷ JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición».

STC alemán de 15 de diciembre de 1959: «Amnestien (...), liegt ihnen in der Regel die Absicht des Gesetzgebers zugrunde, unter eine Zeit, in der das Rechtsbewußtsein infolge außergewöhnlicher Verhältnisse erheblich gestört war, einen Strich zu ziehen. Es wird dabei einer allgemeinen Befriedung der Vorrang vor der Durchsetzung von Strafandrohungen eingeräumt. In diesen Fällen stellt eine Amnestie die Reaktion auf eine bestimmte Situation in der Vergangenheit dar und ist jeweils auf vergangene Sachverhalte bezogen». JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1996, 5ª, p. 923: «ähnlich wie ein Amnestiegesetz, zur sozialen Befriedung im Anschluss an die Austragung tiefgreifender Konflikte innerhalb der Gesellschaft beitragen».

³⁸⁸ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 156-158, sobre la amnistía como instrumento que resuelve la tensión entre justicia y curación (*Heilung*): «Die Schlussstrichamnestie ist somit zugleich eine den Neubeginn erlaubende Amnestie. (...) Es kann Situationen geben (...) in denen eine Amnestie als einzige Möglichkeit erscheint, um die Gemeinschaft vor einem neuen Bürgerkrieg und vor einer neuen Ära der Militärherrschaft zu retten» (pp. 157, 158); mismo autor, «Amnestie», pp. 530-532; PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 274; SCHMITT, «Amnistía es la fuerza de olvidar»; mismo autor, «Amnestie ist die Kraft des Vergessens. Wann werden wir den Bürgerkrieg beenden?», p. 17; el mismo, «Amnestie – Urform des Rechts», apuntando a la amnistía como forma de terminación de una guerra civil, caracterizándose por ser una cuestión absolutamente necesaria y al mismo tiempo increíblemente difícil: «Una amnistía en el sentido verdadero y auténtico de la palabra significa nada menos que la terminación de la guerra civil».

Vidente, AZAÑA DÍAZ, en el discurso ofrecido el 18 de julio de 1938, dos años después de que comenzase la Guerra Civil, en el Ayuntamiento de Barcelona (conocido como discurso Paz, Piedad y Perdón): «La reconstrucción de España será una tarea aplastante, gigantesca, que no se podrá fiar al genio personal de nadie (...) tendrá que ser obra de la colmena española en su conjunto. Cuando reine la paz, una paz que no podrá ser más que una paz española, una paz nacional, una paz de hombres libres, una paz para hombres libres. (...) Este es el odio profundo que se da en todas las guerras, me impide a mí hablar del porvenir de

contienda entre sublevados y un concreto régimen político que es derrocado; o una lucha entre una facción insurgente y un régimen que consigue mantener una configuración continuista del Estado³⁸⁹.

Por ello, se ha llegado a afirmar que la figura de la amnistía, coetánea de etapas de inestabilidad política³⁹⁰, representa un indicador³⁹¹, una medida de geometría variable³⁹² o termómetro entre las tensiones existentes entre el poder estatal (*statu quo*) y sus «distintos adversarios»³⁹³.

La proyección de esta idea se puede encontrar en el art. 6. 5. del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional: «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado». Como se recoge en los propios Comentarios a dicho protocolo, emitidos el 1 de noviembre de 1998: «El objeto de este apartado es alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido».

España en el orden político y en el orden moral, porque es un profundo misterio, en este país de las sorpresas y de las reacciones inesperadas, lo que podrá resultar el día que los españoles, en paz, se pongan a considerar lo que han hecho durante la guerra. Yo creo que, si de esta acumulación de males ha de salir el mayor bien posible, será con este espíritu y desventurado el que no lo entienda así. No tengo el optimismo de un Pangloss ni voy a aplicar a este drama español la simplisísima doctrina del adagio de que “no hay mal que por bien no venga”. No es verdad, no es verdad. Pero es obligación moral, sobre todo de los que padecen la guerra, cuando se acabe como nosotros queremos que se acabe, sacar la lección y de la musa del escarmiento el mayor bien posible. Y cuando la antorcha pase a otras manos, a otros hombres, a otras generaciones, que se acordarán, si alguna vez sienten que les hierve la sangre iracunda y otra vez el genio español vuelve a enfurecerse con la intolerancia y con el odio y con el apetito de destrucción, que piensen en los muertos y que escuchen su lección: la de esos hombres, que han caído empujados en la batalla luchando magnánimamente por un ideal grandioso y que ahora, abrigados en la tierra materna ya no tienen odio, ya no tienen rencor, y nos envían los destellos de su luz, tranquila y remota como la de una estrella, el mensaje de la patria eterna que dice a todos sus hijos: Paz, Piedad y Perdón».

Meses antes, el 30 de abril de 1938, NEGRÍN LÓPEZ, Presidente de la II República, publicó sus trece puntos programáticos, el último de los cuales proponía: «13.º Amplia amnistía para todos los españoles que quieran cooperar a la inmensa labor de reconstrucción y engrandecimiento de España. Después de una lucha cruenta como la que ensangrienta nuestra tierra, en la que han resurgido las viejas virtudes de heroísmo e idealidad de la raza, cometerá un delito de traición a los destinos de nuestra Patria aquel que no reprima y ahogue toda idea de venganza y represalia, en aras de una acción común de sacrificios y trabajos que por el porvenir de España estamos obligados a realizar todos sus hijos».

³⁸⁹ KIRCHHEIMER, *Politische Justiz, Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*, Ed. Europäische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1993, pp. 586-595, sobre los tipos de amnistía y los fines que ellas persiguen: no solo la pacificación general sino el acuerdo conjunto para alcanzarla (*Kompromiss*): «Ihr Inhalt kann ein Kompromiss sein, der ein neues Kräfteverhältnis der Kampfparteien zum Ausdruck bringt» (p. 593); «Bisweilen gehört ein solcher Kompromiss zu einem umfassenderen Friedens- oder Waffenstillstandsabkommen, das nicht nur allen Bürgerkriegsparteien die Auslöschung der Vergangenheit zusichert, sondern auch die Erhaltung eines gewissen Gleichgewichts für die Zukunft gewährleistet» (p. 594).

³⁹⁰ MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 3-4; LINDE PANIAGUA, «Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978», p. 55.

³⁹¹ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 44; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 18-20.

³⁹² Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, p. 8.

³⁹³ KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, pp. 595-596.

Atendiendo al precepto transcrito, puede sostenerse, ante el silencio que guarda el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sobre las medidas de perdón³⁹⁴, que en el seno del Derecho internacional escrito no existe una prohibición expresa para utilizar la figura de la amnistía³⁹⁵, sino que existiría incluso un incentivo a emplearla en determinados contextos relacionados con la superación de conflictos intrasistémicos, como parte de un acuerdo post-conflicto o un acuerdo de paz integral. Precisamente ese argumento y la invocación de aquel artículo, fueron empleados por el Tribunal Constitucional Sudafricano para validar el sistema transicional utilizado para poner fin al régimen del *apartheid*, a través de una amnistía y una comisión de la verdad y reconciliación³⁹⁶.

A este respecto, resulta interesante la Decisión de 17 de marzo de 2009 emitida por la Sección 5ª del TEDH en el caso Ely Ould Dah contra Francia. El demandante había sido oficial de información del estado mayor de Noakchott (en Mauritania) y entre noviembre de 1990 y marzo de 1991 torturó a prisioneros en el marco «*de una purga étnica*». Posteriormente, el 14 de junio de 1993, una Ley de amnistía mauritana fue promulgada a favor de los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, autores de delitos que hubieran sido cometidos entre el 1 de enero de 1989 y el 18 de abril de 1992 – comprendiendo, por tanto, a los perpetrados por Ely Ould Dah–. Más tarde, fue juzgado en Francia ante el Tribunal penal de Grand, que dictó una sentencia condenándole a diez años de prisión por haber sometido a varias personas a actos de tortura y de barbarie. Sirvan estos escuetos antecedentes para situarnos y entender el contexto que analiza el TEDH que, en dicha resolución, refiere: «*Hay que constatar que en este caso, la Ley de amnistía mauritana intervino no después del juicio y condena del demandante, sino precisamente con el fin de impedir cualquier diligencia penal contra éste. De manera general, no se podría excluir la posibilidad de un conflicto entre, por un lado, la necesidad de perseguir los crímenes cometidos y, por otro, la voluntad de reconciliación del cuerpo social de un país. En cualquier caso, ningún proceso de reconciliación de este tipo fue*

³⁹⁴ NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 56, 63.

Vid. referencias en el [apartado 4.4.6.3.2. La utilización de la figura del indulto para alcanzar fines de política interior](#).

³⁹⁵ Voto particular concurrente formulado por GARCÍA-SAYÁN a la sentencia de 25 de octubre de 2012 de la CIDH, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador (al que se adhirieron cuatro Jueces). Aunque parece que se distancia de la postura asumida previamente por la sentencia de 24 de febrero de 2011 de la CIDH, caso Gelman contra Uruguay, el propio GARCÍA-SAYÁN, afirma que en el caso Gelman contra Uruguay: «*ninguna de esas normas de amnistía se daba dentro del contexto de un proceso orientado a poner término por la vía negociada a un conflicto armado no internacional*».

FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», en *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 10, marzo de 2016, pp. 150-151; MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 12-14; MAÑALICH, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», pp. 23-25, deriva de dicho artículo, citando a AMBOS, la imposibilidad de interpretar la existencia de una prohibición de la amnistía en términos de una prohibición absoluta; CAMPAGNA, «Amnestie», p. 532, sobre el debate en si el *ius cogens*, derecho natural, impediría la aprobación de la amnistía, aunque no hubiera normas escritas en contra; NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 56-57.

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica de 25 de julio de 1996, caso CCT 17/1996, The Azanian Peoples Organization contra el Presidente de la República de Sudáfrica: «*It is one thing to allow the officers of a hostile power which has invaded a foreign state to remain unpunished for gross violations of human rights perpetrated against others during the course of such conflict. It is another thing to compel such punishment in circumstances where such violations have substantially occurred in consequence of conflict between different formations within the same state in respect of the permissible political direction which that state should take with regard to the structures of the state and the parameters of its political policies and where it becomes necessary after the cessation of such conflict for the society traumatised by such a conflict to reconstruct itself*».

puesto en marcha en Mauritania». Pareciera que la constatación de un proceso de reconciliación nacional se constituiría como un factor determinante para poder valorar el encaje de las leyes de amnistía en Derecho internacional.

Esta misma conclusión puede ser extraída de la sentencia de 27 mayo 2014 de la Gran Sala del TEDH en el caso Marguš contra Croacia³⁹⁷. En ella se ventila el caso de un miembro del ejército croata que mató a varios civiles y causó lesiones graves entre agosto y diciembre de 1991. El 24 de septiembre de 1996 se aprobó la Ley de Amnistía General en Croacia, en la que se estipulaba la amnistía general con respecto a todos los delitos cometidos en la guerra de Croacia entre el 17 de agosto de 1990 y el 23 de agosto de 1996, exceptuándose los delitos relacionados con hechos que hubieran supuesto violaciones más graves en el derecho internacional humanitario o constituyeran crímenes de guerra –incluido el genocidio–. El 24 de junio de 1997, el Tribunal del Condado de Osijek, aplicando la Ley de Amnistía General, puso fin el procedimiento seguido contra señor Fred Marguš. Posteriormente, ya en 2006, la Fiscalía Estatal del Condado de Osijek lo acusó de haber cometido crímenes de guerra contra la población civil. En virtud de ese segundo procedimiento fue declarado culpable y condenado a catorce años de prisión (aumentada a quince por el Tribunal Supremo de aquel país). El señor Fred Marguš se dirigió al TEDH alegando la ausencia de imparcialidad del juez que lo juzgó –quien había intervenido en los dos procedimientos– y por haber sido juzgado dos veces por los mismos hechos, en contravención al principio *non bis in ídem*. La sentencia, al desestimar la queja del demandante, subraya: «*En el presente caso, al demandante se le concedió la amnistía por*

³⁹⁷ Relevantes son las consideraciones emitidas por terceras partes intervinientes en aquel proceso: «*El grupo de expertos académicos sostiene que ningún tratado multilateral prohíbe expresamente la concesión de una amnistía por crímenes internacionales. (...) Los intervinientes se apoyan en una línea doctrinal sobre amnistías que sostiene que, desde la Segunda Guerra Mundial, los Estados se habían apoyado cada vez más en las leyes de amnistía. Aunque el número de nuevas leyes de amnistía que excluyen los crímenes internacionales han aumentado, también han aumentado el número de leyes que incluyen estos delitos. Las amnistías fueron la forma de justicia transicional más utilizada. El uso de amnistías dentro de los acuerdos de paz entre 1980 y 2006 se ha mantenido relativamente estable. 111. A pesar de que diversos tribunales tanto internacionales como regionales habían adoptado la opinión de que las amnistías concedidas por los crímenes internacionales estaban prohibidas por el derecho internacional, su autoridad se vio debilitada por las diversas contradicciones suscitadas en los pronunciamientos judiciales sobre el alcance de la prohibición y los delitos a los que se refería. Por ejemplo, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había adoptado en el asunto Barrios Altos de 2001, la posición de que todas las disposiciones sobre amnistía eran inadmisibles porque trataban de impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, el Presidente de dicho tribunal y otros cuatro magistrados, en el asunto Masacres de El Mozote contra El Salvador, habían matizado dicha posición, al aceptar que incluso cuando se cuestionaban violaciones graves de los derechos humanos, la obligación de enjuiciar no era absoluta y tenía que buscar un equilibrio con los requisitos para la paz y la reconciliación en situaciones de posguerra. 112. Por otra parte, una serie de tribunales supremos han confirmado las leyes de amnistía de sus respectivos países, ya que dichas leyes contribuyen a la consecución de la paz, de la democracia y de la reconciliación. Los intervinientes citan los siguientes ejemplos: la decisión del Tribunal Supremo español en el juicio del juez Garzón en febrero de 2012; la sentencia del Tribunal Constitucional de Uganda, manteniendo la constitucionalidad de la Ley de Amnistía de 2000; la decisión del Tribunal Supremo de Brasil de abril de 2010, en donde se niega a revocar la Ley de Amnistía de 1979; y la decisión del Tribunal Constitucional Sudafricano en el asunto AZPO, defendiendo la constitucionalidad de la Ley para la Promoción y Reconciliación de la Unidad Nacional de 1995, la cual preveía una amplia aplicación de la amnistía. 113. Los intervinientes aceptan que la concesión de amnistías puede en determinados casos conducir a la impunidad de aquellos responsables de la violación de los derechos humanos fundamentales, perjudicando los intentos de salvaguardar dichos derechos. Sin embargo, por motivos políticos se apoyó el reconocimiento de la posibilidad de conceder amnistías en circunstancias en donde representan la única manera de salir de dictaduras violentas y de conflictos interminables. Los intervinientes se declaran en contra de la prohibición total de las amnistías y son partidarios de un enfoque más matizado a la hora de abordar la cuestión de la concesión de amnistías».*

los actos que suponían graves violaciones de los derechos humanos, tales como el asesinato intencional de civiles y la de causar lesiones corporales graves a un niño, y el razonamiento del Tribunal del Condado lo justificaba en base a que el demandante era un oficial militar. Existe una tendencia cada vez mayor en derecho internacional, de encontrar estas amnistías como inaceptables porque son incompatibles con la obligación de los Estados reconocida unánimemente de enjuiciar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos. Incluso si se aceptara que las amnistías son posibles cuando existen algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación y una forma de compensación a las víctimas, la amnistía concedida al demandante en el presente caso sigue sin ser aceptable ya que no hay nada que indique que hayan concurrido tales circunstancias»³⁹⁸.

Como GIL GIL ha señalado, no existe ningún pronunciamiento del TEDH en el que se pueda constatar claramente su postura respecto de la compatibilidad (o no) de las amnistías en entornos de transición con el CEDH, no habiéndose pronunciado expresamente al respecto, cuando tuvo ocasión para hacerlo³⁹⁹.

2.2.2.1. Ámbito material primario: los delitos políticos y conexos

Aunque no existe ningún tipo de prelimitación conceptual material en relación al posible ámbito material de aplicación de la amnistía –al margen de los potenciales límites que los tratados internacionales puedan establecer⁴⁰⁰ y la Constitución⁴⁰¹–, toda vez que se utiliza

³⁹⁸ MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 8-9, pone como ejemplo esta sentencia para demostrar que la postura del TEDH, en relación con la mantenida por la CIDH, es más prudente y flexible.

³⁹⁹ GIL GIL, «Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española», en Indret, núm. 4, octubre de 2012, pp. 11-14, 23, al analizar la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España aborda específicamente esta cuestión: «Al no entrar en el fondo del asunto sino rechazar la demanda en todos sus puntos por extemporaneidad, con el argumento de que los demandantes pudieron acudir al tribunal desde 1981, cierra las puertas a todas las víctimas, incluidas las de las últimas etapas del franquismo. Y elude pronunciarse sobre temas tan difíciles y debatidos como la compatibilidad de la ley de amnistía con los convenios de derechos humanos u otros textos internacionales o la posibilidad/obligación de aplicación retroactiva de las figuras del Derecho penal internacional y de su pretendido régimen especial en materias como el principio de legalidad, la prescripción, etc.».

⁴⁰⁰ CALDAS BOTERO, «Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la jurisdicción especial para la paz», en Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 37, núm. 102, enero-junio de 2016, pp. 110-111; DUGARD, «Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?», en Leiden Journal of International Law, vol. 12, 1999, pp. 1002-1004, 1013-1015; FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», p. 150; vid. MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 50-57; NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1335-1338; TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», p. 515; TEITEL, *Transitional Justice*, pp. 60-66; ZALAQUETT, «Confronting human rights violations committed by former governments: principles applicable and political constraints», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, pp. 14-16.

Razón por la cual la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, en su sentencia de 13 de julio de 2016 (44-2013/145-2013), declaró inconstitucional la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993, por la violación a los arts. 2. 1 y 2. 3 y 144. 2° de su Constitución, en relación con los arts. 1. 1 y 2 CADH y 2. 2 PIDCP y 4 del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional. Un referente, antecedente de dicha resolución, fue la sentencia dictada en Argentina el 14 de junio de 2005 por su Corte Suprema de Justicia de la Nación, declarando la inconstitucionalidad de la Ley 23.492, de 24 de diciembre de 1986 (Ley de Punto Final) y la Ley 23.521, de 8 de junio de 1987 (Ley de Obediencia Debida).

como instrumento en estos especiales escenarios⁴⁰², los delitos prototípicos o primarios de la amnistía⁴⁰³ han sido los denominados delitos políticos⁴⁰⁴ o contra el orden interior del Estado⁴⁰⁵ y los considerados de carácter conexo⁴⁰⁶.

La mayor dificultad práctica en relación a ellos radica en determinar qué conductas quedan comprendidas bajo dicha categoría de «delitos políticos»⁴⁰⁷ y cuáles pudieran entenderse conexas a ellos y, por tanto, incluíbles en la amnistía. Sin embargo, su determinación para el caso concreto no es relevante a efectos de la caracterización dogmática de la figura de la

NINO, *Radical evil on trial*, pp. 103-104, sobre los indultos concedidos en Argentina en 1989 y 1990, ya se pronunció en 1996 cuestionando su constitucionalidad (por referirse a personas aún no condenadas y porque no estaban justificados en una necesidad política ni fueron acompañados por una condena moral).

Vid. STS de 27 de febrero de 2012, que se pronuncia sobre el contenido establecido en la STS de 1 de octubre de 2007.

⁴⁰¹ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 282: «porque requiriendo por su naturaleza una ley para ser concedida, y siendo solo el poder legislativo el que tiene potestad para hacer las leyes, éste determina en cada caso la forma y extensión que ha de tener, sin sujetarse a otra norma que a la Constitución del Estado en tanto que la mantiene en vigencia»; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 29, 71.

⁴⁰² FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 24.

Su especialidad y excepcionalidad salvarían las críticas planteadas por DUBOIS, «Los abusos de la gracia», pp. 310-312.

⁴⁰³ SEBBA, «The pardoning power – A world survey», p. 118.

⁴⁰⁴ Expresamente así se recoge en, por ejemplo, el art. 89 del Código Penal costarricense: «La amnistía que sólo puede ser concedida por la Asamblea Legislativa en materia de delitos políticos o conexos con éstos extingue la acción penal así como la pena impuesta».

Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, pp. 4, 5.

BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 525-526; BRAVO, *La gracia de indulto*, p. 155; CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 277-279, 280-281, defendiendo que no se comprendan en la amnistía delitos comunes y aportando un cuadro con las principales amnistías otorgadas desde 1832 a 1918 y sus motivos; DUBOIS, «Los abusos de la gracia», pp. 310-312, a favor de su aplicación para delitos políticos (en contra de su extensión a los delitos comunes); FERRAJOLI, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 832-833, 847, nota 50; FERRI, p. 179; GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, Ed. G. Stilke, Berlín, 1931, p. 75; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, p. 153; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 14, nota 2, 83-94, 207, con las principales amnistías otorgadas entre 1832 a 1918 y de 1936 a 1975 (con motivos y delitos comprendidos); NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 4; PENSKY, «Amnesty on trial», p. 7; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 434; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 41, 53-109, 188-191, con estudio sobre las amnistías, destacando la afectación más directamente al Estado y quizá solo a él (p. 55); y con un análisis sobre la figura del indulto y las penas impuestas por delitos políticos (pp. 188-191).

Sobre la ausencia de contravención del principio de igualdad de referirse la amnistía a los delitos políticos, MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 47-48.

⁴⁰⁵ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 157-159, en la medida en que dichos hechos, dadas ciertas condiciones y circunstancias son ilícitos, «pero no absolutamente tales en su esencia» (p. 157).

⁴⁰⁶ Sobre los caracteres de delitos conexos a los políticos, ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 158-159; CUELLO CALÓN, *Derecho penal, tomo I (Parte general)*, vol. segundo, p. 777; MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 18-19, sobre la posibilidad de considerar los delitos de terrorismo como conexos; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 63-64, 71, 279, advierte la posibilidad de incluir cualquier otro tipo de delitos, también de naturaleza común y defiende una concepción amplia que no se reduzca a la comprensión de los cambios políticos, sino «ante cualquier otra modificación sustancial de la organización y funcionamiento estatal» (p. 279), pudiendo combinarse la amnistía con una reforma del ordenamiento jurídico penal.

⁴⁰⁷ BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 155-161; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 832-833; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 105-106.

amnistía, para la que interesan prevalentemente el poder legitimado para su adopción y los efectos que aquella produce⁴⁰⁸.

Ante el silencio normativo que existe sobre una definición de delito político y atendida la imposibilidad de aplicar el método deductivo tras analizar la historia constitucional española⁴⁰⁹, de darse una situación excepcional que precisara su concreta determinación, se asume que habría de acometerse un análisis casuístico determinante de qué tipo de conductas pudieran ser comprendidas entre aquéllos⁴¹⁰. En el ordenamiento jurídico español solo se encuentran las referencias genéricas que a los delitos políticos se recogen en nuestros tratados internacionales de extradición y en el texto constitucional, cuyo art. 13. 3 impide la extradición por delitos políticos⁴¹¹, rechazando la consideración como tal de los actos de terrorismo⁴¹². Este último inciso abriría una nueva discusión sobre qué debería entenderse por acto de terrorismo⁴¹³.

Sírvase mencionar que los delitos políticos se configuraron originariamente como aquéllos que atentaban contra el Estado y sus autores como quienes eran perseguidos «*como reos de Estado*»⁴¹⁴; que, en época de la monarquía absoluta, se identificaron con el delito de lesa majestad dada la personalización del Estado en el monarca⁴¹⁵. En la actualidad, con la redacción del art. 4. 1º de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, se excluyen expresamente de la consideración de delitos de carácter político los crímenes contra la humanidad previstos por el Convenio para la prevención y penalización del crimen de genocidio adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948⁴¹⁶, así como el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.

⁴⁰⁸ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 93.

⁴⁰⁹ AGUADO RENEDO, *ibid.*, pp. 85-90.

⁴¹⁰ Así, por ejemplo, DU BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty in South Africa*, Ed. Cambridge, Cambridge, 2007, pp. 97-138, sobre el significado adoptado en el seno del proceso transicional desarrollado en Sudáfrica desde 1993, por el Comité de Amnistía de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación.

⁴¹¹ CUELLO CALÓN, *Derecho penal, tomo I (Parte general)*, vol. primero, pp. 268-274, 314-319, fundamenta la negativa a extraditar en los delitos políticos en la «*creencia de que esta delincuencia solamente afecta al régimen político contra el que se dirige y que sólo para éste son peligrosos sus autores*»; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte General*, pp. 181-184.

⁴¹² Misma filosofía que inspira la redacción dada a los arts. 1 *in fine* y 6 de la Ley chilena 18.050 de 28 de octubre de 1981, por la que fijan las normas generales para conceder indultos particulares.

⁴¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», p. 562.

⁴¹⁴ Terminología recogida en el Real Decreto de amnistía de 15 de octubre de 1832 (Gaceta núm. 129, de 23 de octubre de 1832). Según el Real Decreto de 30 de octubre de 1832 por el que se mandaba la observación de reglas respecto al Decreto de amnistía anterior (Gaceta núm. 133, de 1 de noviembre de 1832), se comprendían en su ámbito de aplicación aquellos emigrados y desterrados por motivos políticos y los delitos de infidencia, con independencia de cuál hubiera sido su denominación.

⁴¹⁵ NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 4: «*the King was the sovereign, crime against the state was crime against the King himself, and he alone had the power to reprieve it*».

⁴¹⁶ LEGENDRE, «Lo imperdonable. Entrevista con Pierre Legendre», en ABEL, O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992, pp. 31-32, reflexiona sobre lo imperdonable, conectándolo con el principio de la vida; se configura como un ataque a lo más frágil y lo más necesario, en cuanto representación del principio de la vida. Antes, dicho principio se identificaba con la lesa majestad y ahora, con el crimen contra la humanidad. Quizá la explicación de LEGENDRE justifica esa evolución, relativa a los límites extradicionales. PASTOR, D. R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 173-174, 206, sobre estos vínculos entre la figura de lesa majestad y los crímenes contra la humanidad.

Para cerrar este apartado resulta en este punto de la investigación interesante detenernos en analizar las amnistías más relevantes concedidas en España en los últimos años⁴¹⁷ para comprobar, con una aproximación fáctico-histórica, los dos factores ya apuntados⁴¹⁸: **(i)** el dictado dirigido a la consecución de la convivencia pacífica; y **(ii)** la mayoritaria comprensión de los delitos políticos en el ámbito de aplicación de la norma de amnistía.

[a] El Decreto de 14 de abril de 1931 por el que se decreta la amnistía de todos los delitos políticos, sociales y de imprenta (Gaceta de Madrid núm. 105, de 15 de abril de 1931) apunta, en su preámbulo, que los delitos políticos, sociales y de imprenta responden generalmente a un sentimiento de idealidad y la aprobación de la amnistía se inserta en el «*deseo de contribuir al restablecimiento y afirmación de la paz pública*».

[b] La Ley de 24 de abril de 1934, concediendo amnistía (Gaceta de Madrid núm. 115, de 25 de abril de 1934) de forma amplia respecto de delitos o faltas en estrecha relación con «*los móviles políticos*» (expresión que se reitera en su redacción). Entre ellos, destacan los cometidos por medio de imprenta (salvo calumnia o injuria a particulares por móviles no políticos, publicaciones inmorales o pornográficas); las ofensas al Jefe del Estado, al Parlamento o al Consejo de Ministros, delitos contra la forma de gobierno y cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales; los delitos de rebelión y sedición –también militar–; los atentados y desacatos; los allanamientos de morada cometidos por motivos políticos y por conflictos sociales; las huelgas y paros; tenencia ilícita de armas; evasión de capitales; prófugos y desertores; desórdenes públicos; abandonos de destino; o delitos cometidos por menores de 18 años «*por móviles políticos que no vayan contra la vida y la integridad de las personas*».

[c] El Decreto-Ley de 21 de febrero de 1936 (Gaceta de Madrid núm. 53, de 22 de febrero de 1936), concede la amnistía a los penados y encausados por delitos políticos y sociales, incluyendo a los concejales del País Vasco condenados por sentencia firme, justificando la medida para alcanzar una «*pacificación conveniente al bien público y a la tranquilidad de la vida nacional*».

[d] El Decreto-Ley de 22 de enero de 1937 (Gaceta de la República núm. 25, de 25 de enero de 1937) concede amnistía a los penados y encausados por delitos políticos o sociales, comunes y militares cometidos con anterioridad al 15 de julio de 1936, por razones de «*convivencia social*».

[e] Como ejemplo de norma de las denominadas como *autoamnistías*, la Ley de 23 de septiembre de 1939 (fecha en el «año de la Victoria») por la que se consideran no delictivos determinados hechos de actuación político-social cometidos desde el 14 de abril de 1931 hasta el 18 de julio de 1936 (BOE núm. 273, de 30 de septiembre de 1939).

Su aprobación se justifica para dar respuesta a los hechos que, «*con anterioridad al Movimiento Nacional*», fueron cometidos por aquellos que, «*lejos de todo propósito delictivo, obedecieron a impulso del más fervoroso patriotismo y defensa de los ideales que provocaron el glorioso Alzamiento contra el Frente Popular*». Por ello, se insiste, en que las

⁴¹⁷ Para un análisis desde 1810 a 1977, HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 162-177.

⁴¹⁸ HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», pp. 416-418, demuestra con su estudio relativo a las doce amnistías concedidas en Austria desde 1945 a 1995 la concreción de los dos factores también en dicho país, si bien con especificidades dada la etapa postnacional socialista, salvo en aquellas expresamente concedidas por motivo de *laetitia publica* (1968, las de 1975, 1985 y 1995).

consecuencias de los procedimientos a los que se les sometió *«no pueden subsistir en perjuicio de quienes lejos de merecer las iras de la Ley son acreedores a la gratitud de sus conciudadanos, sobre todo cuando supieron observar, durante la guerra, la conducta patriótica consecuenta a dichos ideales, formando en su inmensa mayoría en las filas de las armas nacionales»*. De esta forma, se declaran no delictivos: los delitos contra la Constitución y el orden público; las infracciones por tenencia de armas y explosivos; homicidios, lesiones, daños, amenazas y coacciones y de cuantos con los mismos guarden conexión, ejecutados desde el 14 de abril de 1931 hasta el 18 de julio de 1936 *«por personas respecto de las que conste de modo cierto su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y siempre que aquellos hechos que por su motivación político-social pudieran estimarse como protesta contra el sentido antipatriótico de las organizaciones y gobierno que con su conducta justificaron el Alzamiento»* (art. 1).

[f] Aunque no es una ley de amnistía, por sus efectos, no puede marginarse el dictado del Decreto-ley 10/1969, de 31 de marzo, por el que se declara la prescripción de todos los delitos cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939, aprobado para *«hacer expreso reconocimiento de la prescripción de las posibles responsabilidades penales que pudieran derivarse de cualquier hecho que tenga relación con aquella Cruzada, quedando de esta forma jurídicamente inoperante cualquier consecuencia penal de lo que en su día fue una lucha entre hermanos, unidos hoy en la afirmación de una España común más representativa y, como nunca, más dispuesta a trabajar por los caminos de su grandeza futura»*.

[g] En el seno del proceso de la transición española, etapa sumergida en las consignas de *«unidad, amnistía y estatuto de autonomía»*⁴¹⁹, fueron aprobadas las siguientes tres amnistías⁴²⁰:

[g-1] El Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio sobre amnistía (BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1976). Su dictado se inserta como instrumento de promoción a *«la reconciliación de todos los miembros de la Nación»*. Por ello, *«ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles. Tal es el objeto de la amnistía de todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política o de opinión ocurridos hasta el presente, sin otros límites que los impuestos por la protección penal de valores esenciales, como son la vida e integridad de las personas»*⁴²¹.

Con el límite temporal de que hubieran sido cometidos antes del día 30 de julio de 1976, entre las previsiones aprobadas, se concede la amnistía: por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión, en tanto no hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación a través del

⁴¹⁹ JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición».

⁴²⁰ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 149-169, sobre su genealogía y el contexto en que fueron aprobadas.

NINO, *Radical evil on trial*, pp. 16-17, 119, 122-123, destaca tres rasgos que caracterizaron el proceso de transición en España, basado en una actitud general de *«let bygones be bygones»*: que la mayoría de los abusos contra los derechos humanos ocurrieron décadas antes de la muerte de franco, el fantasma de la guerra civil y que se trató de una transición negociada y pactada, basada en el consenso (lo que, según NINO, facilita que la exigencia de enjuiciamiento de los autores de aquellos abusos se atempere –p. 119–).

⁴²¹ JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición», resalta que: *«la amnistía de julio de 1976 había dejado fuera a un sector de lo que entonces se incluía también entre los “presos políticos”, los condenados por delitos de terrorismo»*.

contrabando monetario; por los delitos de rebelión y sedición; a los prófugos y desertores; o a los objetores de conciencia que se hubieran negado a prestar el servicio militar⁴²².

[g-2] El Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1977) reconsidera principalmente los límites del peligro o lesión a la vida o integridad de las personas que, se aduce, ante la heterogeneidad de los supuestos no siempre resultaban equitativos en su aplicación. En su art. 1 se elimina esa «puesta en peligro» que excluía la posibilidad de amnistía.

En la misma fecha fue dictado el ya mencionado RD 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1977) respecto de las penas impuestas o que pudieran imponerse por delitos o faltas de intencionalidad política y de opinión que, estando en principio excluidos de aquella amnistía, lo estuvieron también de indultos generales anteriores⁴²³.

[g-3] La cuestionada⁴²⁴ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía (BOE núm. 248, de 17 de octubre de 1977)⁴²⁵. En su art. 1 se decretan amnistiados: a) actos de intencionalidad

⁴²² JULIÁ DÍAZ, *ibid.*

⁴²³ Anteriormente, el ya citado Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España.

⁴²⁴ Vid. los últimos pronunciamientos emitidos desde la advertencia recogida en el Punto 13. 1. 3 de la Resolución núm. 828 (1984) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre «Enforced disappearances», adoptada el 26 de septiembre de 1984: Informe «Víctimas de la guerra civil y el franquismo: no hay derecho», Sección española de Amnistía Internacional, noviembre de 2006, pp. 18-23; Observaciones finales del Comité contra la tortura respecto de España de 9 de diciembre de 2009 (CAT/C/ESP/CO/5), punto 21, pp. 7-8; Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Misión España, de 2 de julio de 2014 (A/HRC/27/49/Add.1), pp. 11-14, párrafos 37-51; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, de 22 de julio de 2014 (A/HRC/27/56/Add.1), pp. 14-17, párrafos 67-84; y las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España del Comité de Derechos Humanos, de 14 de agosto de 2015 (CCPR/C/ESP/CO/6), p. 7, punto 21, en el que se recomienda la derogación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre o se modifique para hacerla compatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 174-175, 177, considera su art. 2. e) y f) contrario a Derecho internacional (al PIDCP) y nulo; vid. GIL GIL, «España», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, pp. 488-490, 496-497, donde centra la discusión en la existencia (o no) de una norma consuetudinaria de *ius cogens* internacional anterior a 1977 por la que existiera obligación de perseguir penalmente determinados delitos (torturas, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas) que prohibiría las amnistías en relación a aquéllos. GIL GIL la niega, apuntando que la opción de persecución penal habría de pasar por la aplicación de la jurisdicción universal en un país para el que no hubieran prescrito los hechos perseguidos y que, en el momento de comisión de estos hechos, fueran tipificables como delitos internacionales (p. 490). Misma autora, «Los crímenes de la guerra civil española», p. 11. MACULAN, «Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y al papel del juez historiador: la aportación de la STS 101/2012», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, julio de 2012, pp. 512-515. En esta misma dirección, STAHN, «The Geometry of Transitional Justice», p. 426.

En sede parlamentaria, su articulado ha pretendido ser modificado sin éxito. Solo en la IX y X Legislatura fueron presentadas cinco Proposiciones de Ley por los grupos parlamentarios del Congreso para su modificación. Tres de ellas –30 de enero de 2014, 8 de marzo de 2012 y 20 de abril de 2010– caducaron; el proyecto presentado por el Grupo Mixto el 12 de enero de 2012 fue retirado y la propuesta fechada el 23 de abril de 2010, también presentada por dicho Grupo Mixto, fue rechazada. A favor de la modificación solo votaron 8 diputados, tras una ilustrativa discusión celebrada el 19 de julio de 2011 (BOCG, Pleno y diputación permanente, núm. 264, Sesión plenaria extraordinaria núm. 250, de 19 de julio de 2011, pp. 11-19).

Recientemente, el 5 de abril de 2017, las Cortes Valencianas han aprobado la Proposición no de ley de tramitación especial de urgencia sobre la investigación de los crímenes contra la humanidad cometidos por la dictadura franquista, presentada por el Grupo Parlamentario Podemos-Podem, en virtud de la cual, en su art.

política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas antes del 15 de diciembre de 1976; b) todos los actos de la misma naturaleza entre esa fecha y el 15 de junio de 1977 cuando además de la intencionalidad política se aprecie un móvil de restablecimiento de libertades públicas o de reivindicación de las autonomías de los pueblos de España; y c) todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

El precepto más controvertido, al suponer «*la impunidad de los crímenes cometidos por el régimen*»⁴²⁶, es el art. 2 en el que se anuncia que, en todo caso, serán amnistiados no solo los delitos de rebelión y sedición, los de objeción de conciencia a prestar el servicio militar, la denegación de auxilio a la justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política o los actos de expresión de opinión; sino también los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley y los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas⁴²⁷.

2.2.2.2. Límites a la figura de la amnistía. ¿Ámbito material negativo?

Sin perjuicio de que en epígrafes posteriores se complete su análisis, se consideran en este punto relevantes las reflexiones tendentes a determinar si existe algún tipo de límite al aprobar una amnistía, aun cuando no resulte comprendido bajo el ámbito de estudio de esta investigación. En este sentido, MARXEN ensayó pioneramente la construcción de límites a su dictado. Dicho autor asumió que la figura de la amnistía no era oceánica y debían establecerse constricciones que distinguió en dos categorías. Los límites formales estaban relacionados con la necesidad de que adoptara forma de ley⁴²⁸ y que se superasen los requisitos referidos a la competencia formal para su aprobación. Entre los límites materiales, destacó la prohibición de aprobar amnistías de efecto anticipado (para hechos delictivos aún no cometidos), de que se

1, se insta al Gobierno para modificar la Ley 46/1977, añadiendo un precepto en el que se establezca que no será de aplicación en los casos de «*torturas, desapariciones forzadas, crímenes de genocidio o de lesa humanidad*».

Favorables a su otorgamiento, JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición», la considera un pacto sobre amnistía y recalca que fue el resultado de una iniciativa parlamentaria; RIEFF, «Cumplir con el deber de olvidar», quien considera el pacto de olvido que a su través se alcanzó como un aliado de la paz.

⁴²⁵ Vid. la STS de 27 de febrero de 2012.

⁴²⁶ GIL GIL, «España», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, p. 477.

La STS de 27 de febrero de 2012 analiza la figura del autofavorecimiento respecto de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, para descartar su concurrencia en ella. Sin embargo, CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 154-169, la califica como *autoamnistía*.

⁴²⁷ Motivo por el que ALBON, «Project on justice in times of transition», pp. 44-45, indica la inclinación de la solución española por el olvido: «*Spain chose to forget ahead toward democracy without looking back to its bloody past...*» (p. 45). Para LINZ, «The breakdown of democratic regimes: crisis, breakdown, & reequilibration», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, p. 124, el modelo español transicional se basó en la reforma, más que en la ruptura.

⁴²⁸ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 908; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 136, 141-144, discute que se asuma también el sentido material de una ley al entender que la amnistía no es una norma jurídica general susceptible de ser aplicada imparcialmente en un contexto de adjudicación. Según dicho autor, la amnistía solo conservaría la forma, pero no la sustancia de la ley. En contra de la postura de MAÑALICH, CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 131.

decretasen amnistías individuales, la interdicción del autofavorecimiento⁴²⁹ (las ya aludidas *autoamnistías* –liberación a sí mismos del reproche penal por quienes controlan el aparato estatal⁴³⁰–), la prohibición del trato desigual y la necesidad de que se respeten los límites derivados de las obligaciones contraídas por el Estado (*staatliche Strafpflichten*)⁴³¹.

Con posterioridad, esas fronteras de la amnistía se han ido moldeando. MAÑALICH, ha incidido en la invalidez inmanente e inadmisibilidad de la *autoamnistía*⁴³² (frente a la admisibilidad de las *heteroamnistías*)⁴³³. Y, en la doctrina nacional, LASCURAÍN SÁNCHEZ ha insistido en la necesidad de que se apruebe con forma de ley, que sea igualitaria y materialmente proporcionada (que no afecte a determinados delitos caracterizados por su extrema gravedad y la singular posición de garantía del Estado respecto a los bienes que menoscaban)⁴³⁴.

Como ya se habrá advertido, el nudo gordiano sobre los límites a la figura de la amnistía se encuentra en resolver si existen (o no⁴³⁵) materias *imperdonables*, respecto de las que en ningún caso cabría su adopción, relacionadas primariamente con los crímenes internacionales (y en una versión más amplia, con todas las *graves*⁴³⁶ violaciones de derechos humanos)⁴³⁷.

Aunque no puede predicarse la homogeneidad de la institución de la prescripción y de las figuras del perdón⁴³⁸ (responden a distintos fundamentos, criterios, finalidades últimas y, en último término, despliegan distintos efectos), toda vez que

⁴²⁹ PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, p. 188; WEICHERT, «Strafrechtlicher Schutz von Menschenrechten», p. 125, sobre los efectos del autofavorecimiento o de las *autoamnistías*: «In einem Rechtsstaat hatte und hat die öffentliche Gewalt keine Macht, um sich selbst zu amnestieren».

⁴³⁰ MAÑALICH, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», p. 28.

Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, pp. 15, 16.

⁴³¹ MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 17-58.

MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 36-37, incidiendo en la vertiente de derecho internacional de *ius cogens* que implicaría que la punibilidad del genocidio no esté sujeta a contingencia de su tipificación legal en derecho doméstico.

⁴³² Uno de los límites asumidos recientemente por MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 14-16.

⁴³³ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 24, 172, 183-189, defensor de la invalidez inmanente de una *autoamnistía*, deduce que son un reconocimiento de la antijuridicidad de la conducta desplegada. Crítico, indica que la CIDH parece no reconocer una diferencia cualitativa entre los casos de *autoamnistía* y *heteroamnistía*; mismo autor, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», pp. 25, 27-28, 32-33, rechaza la *autoamnistía* al negar «un presupuesto pragmático del éxito ilocucionario de la amnistía como equivalente funcional de la pena. Lo que la auto-amnistía performa, negando el restablecimiento de la vigencia de la norma, es lo que se llama impunidad» (p. 27).

⁴³⁴ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», pp. 102-113; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 241-263.

También CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 170-175, subraya su sujeción a determinados límites temporales, personales (proscripción de la *autoamnistía*) y materiales (crímenes internacionales); MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 14, nota 35, 15-16; PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 8, 10.

⁴³⁵ TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, pp. 14, 17.

⁴³⁶ Con las dificultades que se derivan de la indeterminación de una delimitación según el grado de *gravedad*: MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», p. 6; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», pp. 13-14, 31-34.

⁴³⁷ MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 4, 6.

⁴³⁸ Sin embargo, ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», p. 61, considera la preccripción una figura del perdón político. En un sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, «El perdón: prólogo para penalistas», sostiene que el fundamento de la prescripción es la ausencia de necesidad de castigo y, en ese caso, se relaciona con la idea de perdón.

en los dos casos se produce la ausencia de un castigo efectivo íntegramente ejecutado, debe apuntarse al paralelismo inevitable que existe entre los delitos imprescriptibles y lo que se ha venido a denominar las *materias imperdonables*⁴³⁹. El impacto del tiempo tanto en la institución de la prescripción como en el perdón, analizado desde una perspectiva filosófica, no resulta marginal. Precisamente por ello, exclusivamente bajo este punto de vista, podría llegar a considerarse a la prescripción como un perdón fundado en el hecho de que, transcurrido un determinado lapso del tiempo, el legislador decide no perseguir y dispensar al responsable⁴⁴⁰. Para esta investigación, sin embargo, el paralelismo no se deriva de dicho fundamento sino en el efecto, convergente, que ambas instituciones generan: la no ejecución íntegra de la pena que lleva aparejada (y, en su caso, establecida) la conducta cometida. Bien porque la pena no haya sido siquiera impuesta, al ser declarados prescritos los hechos de conformidad con los plazos establecidos en el art. 131. 1 CP; bien por quedar prescrita la pena ya impuesta ex art. 133. 1 CP; bien porque la pena es indultada o queda afectada por una amnistía. Justamente dicho efecto es el que permitiría relacionar lo imprescriptible y lo imperdonable. Lo imprescriptible, en relación con lo previsto en el art. 131. 3 CP y lo imperdonable, conforme a la jurisprudencia internacional emanada al efecto⁴⁴¹.

Por la doctrina *iusinternacionalista*, alentada por la jurisprudencia emanada de los Tribunales Internacionales (sobre todo, la procedente por la CIDH)⁴⁴² y de distintos organismos de la

⁴³⁹ MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, p. 57.

Sin embargo, DERRIDA, *Perdonar. Lo imperdonable y lo imprescriptible*, Ed. Avarigani, Madrid, 2016, pp. 20-21, 32, defiende que: «*lo imprescriptible no es lo imperdonable*» (p. 20); mismo autor, DERRIDA, «El perdón», en VV.AA., *El perdón, virtud política. En torno a Primo Levi*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2008, pp. 118, 133-134; RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 586, 597, 600-606. En este mismo sentido, AGUADO RENEDO, «Espagne», p. 405: «*La question de savoir si l'imprescriptibilité comporte l'impossibilité de la grâce pour de tels délits est distincte*»; lo que, según dicho autor, permite interpretar que en el art. 1 LI también quedan comprendidos los condenados por delitos imprescriptibles (pudiendo ser beneficiados por un indulto); LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», p. 109, nota 49 *in fine*; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», p. 256, nota 360.

⁴⁴⁰ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 208-214, 229-231, identifica la prescripción como un compromiso o promesa del Estado de derecho de no mantener indefinidamente abierta la contingencia de la punición; mismo autor, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», pp. 28-33.

⁴⁴¹ Vid. sentencia de 14 de marzo de 2001 de la CIDH, caso Barrios Altos contra Perú; sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la CIDH, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile; o sentencia de 24 de febrero de 2011 de la CIDH, caso Gelman contra Uruguay.

⁴⁴² Iniciada por la doctrina jurisprudencial de la CIDH (sentencia de 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos contra Perú; sentencia de 26 de septiembre de 2006, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile; sentencia de 24 de febrero de 2011 de la CIDH, caso Gelman contra Uruguay) que ha influido en la deriva que han tomado los pronunciamientos emanados por el TEDH. Advértase, como lo destaca la sentencia de 25 de octubre de 2012 de la CIDH, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador, que las anteriores resoluciones no estaban referidas a contextos de justicia de transición: «*Sin embargo y a diferencia de los casos abordados anteriormente por este Tribunal, en el presente caso se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno*».

MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», p. 8; misma autora, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 6, 9-11; MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 209, como primer hito jurisprudencial en este sentido, destaca la propia sentencia de 14 de marzo de 2001 de la CIDH, caso Barrios Altos contra Perú, en la que se inicia la: «*doctrina de la no admisibilidad de leyes de amnistía referidas a crímenes que constituyen graves violaciones de los derechos humanos*»; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, p. 43.

Vid. GIL GIL, «Los crímenes de la guerra civil española», pp. 9-10, 14-22, 24, sobre la evolución de la jurisprudencia del TEDH, en relación con la transformación de la obligación procesal en una obligación material, de lo que deduce la imposición a los Estados de obligaciones de manera retroactiva. GIL GIL critica

Organización de las Naciones Unidas⁴⁴³, se ha desarrollado un consenso emergente, respaldado por el simultáneo crecimiento exponencial de la denominada justicia de transición como área de conocimiento⁴⁴⁴, que defiende que la utilización de mecanismos de perdón en relación con crímenes internacionales y graves abusos de derechos humanos vulnera las obligaciones del Estado de perseguirlos e impide a las víctimas obtener un legítimo remedio⁴⁴⁵. Sobre todo, se alega, cuando las amnistías sean otorgadas antes de que se proceda a la investigación de los hechos y persecución de los responsables⁴⁴⁶. Ello parte de la premisa de que, si los Estados se encuentran obligados a investigar, perseguir y castigar determinados crímenes internacionales o violaciones graves de derechos humanos⁴⁴⁷, la concesión de un perdón que les afecte supone automáticamente su infracción.

De hecho, distintos autores proponen incluir en los instrumentos internacionales una previsión normativa expresa que prohíba el empleo de mecanismos de perdón cuando se trate de crímenes internacionales o graves violaciones de derechos humanos⁴⁴⁸ (*¿significa ello la confirmación de que, en la actualidad, tal limitación no existiría?*), tal y como, desde una perspectiva de derecho interno, recoge el art. 29 de la Constitución de Venezuela⁴⁴⁹.

acertadamente la deriva jurisprudencial del TEDH por indeterminada y por suponer un alto grado de inseguridad jurídica (pp. 17, 22, 24). Localiza la influencia del viraje en la jurisprudencia emanada por la CIDH e incide en la indeterminación de los criterios acogidos por el TEDH [concepto de «vínculo real» (pp. 17-18) entre el hecho y la entrada en vigor de la CEDH, la razonabilidad del tiempo transcurrido o la necesidad de garantizar valores subyacentes de la CEDH]. Sin embargo, GIL GIL apunta a que el TEDH no habría ido tan lejos como la CIDH en relación con su posición respecto de las amnistías al imponer una obligación de medios y no de resultados (p. 11). Misma autora, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», pp. 12-15. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», pp. 28-29.

⁴⁴³ NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 57-62.

⁴⁴⁴ FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional, Cuando el Derecho se convierte en religión*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 10; MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», p. 3.

⁴⁴⁵ ORAKHELASHVILI, «Between impunity and accountability for serious international crimes: legal and policy approaches», en *Netherlands International Law Review*, vol. 55, núm. 2, agosto de 2008, pp. 210, 212, 224-226, 228; PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 13-14: «*the emergent principle that domestic amnesties for international crimes are in principle contrary to international law*»; STAHN «The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design», en *Leiden Journal of International Law*, núm. 18, 2005, p. 458.

SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 52, sobre el necesario matiz de su presunción de víctimas.

⁴⁴⁶ NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 45, 53-54, 57, 64; SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», pp. 38-39, 47.

Por ello, PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 17, 18-21, 25-27, acogiendo un punto de vista consecuencialista y flexible, asume que la dibujada demanda de impunidad debe sustituirse por la demanda de responsabilidad. Según PENSKY, la responsabilidad (*accountability*) aúna mejor la ambigüedad entre las necesidades legales y políticas y se sitúa más allá de la estricta determinación de la culpa individual en el seno de un proceso penal. Ello implica una revisión del dilema entre paz y justicia, dado que ambos conceptos, que se enfrentan, tendrían una lectura muy reducida. La clave para PENSKY está en la exigencia de responsabilidad democrática, más que de enviar a un responsable a prisión.

⁴⁴⁷ MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 7-8, sobre la falta de uniformidad en relación al concreto contenido del deber.

⁴⁴⁸ BAIGÚN, «Extraterritorialidad jurisdiccional e indulto», en *Contra la impunidad: simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos*, Ed. Icaria, Barcelona, 1998, p. 116; FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, pp. 30-32.

⁴⁴⁹ Resulta una excepción la redacción dada al art. 29 de la Constitución de Venezuela, no replicada en otros textos constitucionales: «*El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de*

Como apunta NOVAK, la tendencia a excluir determinados delitos internacionales del ámbito de las amnistías ha supuesto que, en la práctica y durante el periodo 1999 a 2007, 34 de las leyes de amnistía hayan excluido algunos delitos internacionales, frente a 28 que no han empleado dicha exclusión –lo que podría indicar la formación de una norma consuetudinaria de derecho internacional–⁴⁵⁰.

Nos remitimos, para ampliar el alcance de esta referencia, a las reflexiones recogidas en el epígrafe **4.4.6.3.2.2. El indulto como instrumento utilitario para alcanzar la paz social y la concordia**.

2.2.3. Sobre el encaje constitucional actual de la figura de la amnistía

El mutismo sobre la amnistía del texto constitucional que, sin embargo, se refiere expresamente al indulto general (para prohibirlo), ha incentivado una discusión aún hoy no zanjada, sobre si la institución de la amnistía tiene encaje en el ordenamiento jurídico español⁴⁵¹, dado que en otros sistemas sí se prevé su acogida expresamente⁴⁵².

Recuérdese que, como ya apuntó GARCÍA MAHAMUT⁴⁵³, dicho silencio no quedaría limitado a la figura de la amnistía, sino que curiosamente tampoco aparece expresamente en nuestra Constitución ninguna mención específica sobre el instituto del indulto particular, sin que nadie haya puesto en duda su encaje.

derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía».

De conformidad con el mencionado precepto, la Resolución núm. 207, de 29 de julio de 2010 (Gaceta Oficial núm. 39.476, de 29 de julio de 2010), por la que se crea la Comisión Nacional de indultos, dispone la exclusión de la propuesta al Presidente de la República, «a quienes hayan sido sancionados por delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos, crímenes de guerra y corrupción».

⁴⁵⁰ NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 55.

⁴⁵¹ La redacción actual del art. 666. 4ª LECrim sí recoge como cuestión o excepción a invocar como artículo de previo pronunciamiento la amnistía.

Como pronunciamiento aislado, niega *obiter dicta* la posibilidad de encaje de la amnistía en nuestro sistema actual la STS de 20 de noviembre de 2013: «La CE, según hemos expresado, ha reconocido el derecho de gracia en los términos establecidos en su artículo 62 (...); esto es, limitado, pues, a los indultos particulares, al excluirse del derecho de gracia tanto los de carácter general (artículo 62.i CE) como la amnistía».

Contrarios a su admisión y vigencia, ARAGÓN REYES, «Prólogo» a AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 17-18: «No estando reconocida expresamente la amnistía en la Constitución, que además viene a prohibir los indultos generales, me parece que el legislador no puede realizarla»; FANEGA, «El indulto», p. 95; GARCÍA VALDÉS, «Sobre los indultos»; 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 de 1996, p. 334; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», pp. 7-8; o DE CARRERAS SERRA, «El indulto en nuestro Estado de derecho», periódico *El País*, 12 de diciembre de 2000, p. 2.

Favorables, LINDE PANIAGUA, «Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978», pp. 56-58; mismo autor, «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995», pp. 1413-1415; OSTOS MOTA, «El indulto», p. 1066; y resto de autores recogidos en nota al pie 455.

Sobre la discusión doctrinal, asépticamente, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», pp. 380-381, nota 13.

⁴⁵² Por ejemplo, art. 79 de la Constitución italiana; art. 161 de la Constitución portuguesa; o art. 34 de la Constitución francesa.

⁴⁵³ GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 60-65, 71. Vid. nota al pie 135.

Asumiendo íntegramente los argumentos esgrimidos por AGUADO RENEDO⁴⁵⁴ sobre este particular, razonamientos que se basan en la normalidad e innecesariedad de que la Constitución que se fraguaba al tiempo que se aprobaban leyes de amnistía se pronunciara expresamente sobre una acogida que era fácticamente evidente y aceptada, asumo que la respuesta sobre la admisibilidad de la amnistía en nuestro ordenamiento jurídico ha de ser afirmativa⁴⁵⁵. Máxime cuando, *a contrario sensu* de lo dispuesto en el art. 9. 3 CE, *a priori* y dentro de los límites infranqueables deducidos de la propia CE y el derecho internacional, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional, nada impide la admisión de la retroactividad de disposiciones favorables a los reos como las que una amnistía contendría⁴⁵⁶. Ningún obstáculo impediría que el Parlamento pudiera acometer una tarea que le es propia⁴⁵⁷. Es decir, del hecho de que la CE no contenga una referencia expresa a la figura de la amnistía no debe

⁴⁵⁴ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 75-96; mismo autor, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 903-904, 907, matiza que otra discusión distinta sería su conveniencia; mismo autor, «Derecho de gracia», p. 62; mismo autor, «Espagne», pp. 393-394, 402.

PÉREZ DEL VALLE, «Amnistía, Constitución y justicia material», en *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 61, enero-abril de 2006, p. 188 (especialmente, nota 9).

⁴⁵⁵ Si bien no se refiere a las leyes de amnistía que pudieran dictarse tras la CE sino a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, utilizando un argumento paralelo al defendido por AGUADO RENEDO, la STS de 27 de febrero de 2012 reconoce la vigencia de dicha Ley, no derogada ni sobrevenidamente inconstitucional: «*la idea que presidió la “transición” fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. (...) La idea fundamental de la “transición”, (...) fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía. (...) Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento*». En el mismo sentido, posteriormente, ATS de 28 de marzo de 2012. El contenido de la STS de 27 de febrero de 2012 es valorado positivamente, como resolución dictada «*contracorriente*», por MACULAN, «Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales», pp. 499, 506, 517.

⁴⁵⁶ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, p. 797, sobre el mutismo constitucional acerca de la amnistía y su admisibilidad: «*Habida cuenta de que la Constitución prohíbe la concesión de indultos generales (art. 62, i), se había señalado la incongruencia que suponía permitir, en cambio, hacer uso de la amnistía, de efectos más importantes. Pero es difícil negar al Parlamento la posibilidad de lo que en definitiva puede verse como una forma de legislación derogatoria, con efectos retroactivos y temporales, de normas penales que el propio Parlamento puede aprobar y derogar definitivamente*».

CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 122, 140, 144-149, sobre la compatibilidad de la amnistía con la Constitución; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Artículo 130», en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 368; LINDE PANIAGUA, «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995», pp. 1415-1419; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», pp. 1037-1039, citando a MIR PUIG, acoge la posibilidad de acoger la figura de la amnistía como una forma de legislación derogatoria, para concluir que: «*La amnistía queda así configurada (...) como una potestad inherente al poder legislativo del Parlamento (...). Y es este carácter excepcional de la amnistía el que puede explicar la ausencia de toda referencia constitucional a la misma*».

⁴⁵⁷ LÓPEZ AGUILAR, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 301; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1467-1468; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, p. 797.

deducirse que su aprobación no sea posible; ni conlleva que, de ser sancionada una ley de amnistía, ésta no deba sujetarse a la estructura constitucional⁴⁵⁸.

Por consiguiente, no adscribo, por la distinta fenomenología y esencia de las figuras (que imposibilita establecer una linealidad referencial) y por la diferencia de poderes que son competentes para aprobarlas⁴⁵⁹, el aforismo que propone que quien prohíbe lo menos, prohíbe lo más⁴⁶⁰; o, trasladándolo a este caso, que la amnistía está proscrita constitucionalmente al estarlo el indulto general⁴⁶¹.

Si bien esta máxima es utilizada expresamente por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁴⁶², dichos autores, contrarios a la institución de la amnistía, que llegan a calificar de «*constitucionalmente sospechosa*», reconocen que, al ser una competencia del Parlamento que debe adoptarse por Ley, tampoco puede mantenerse que esté vedada absolutamente. Cuestión distinta será, según esos mismos autores, la búsqueda de su compatibilidad con la Constitución y con la propia concepción de un Estado de Derecho⁴⁶³.

2.2.4. La amnistía como acto del poder legislativo. Posible configuración legal del derecho del Estado a castigar

La amnistía ha de adoptarse por Ley⁴⁶⁴, lo que la aleja de ser entendida como un acto de gracia del Jefe del Estado⁴⁶⁵. Por ello es por lo que la amnistía puede entenderse como una cuestión

⁴⁵⁸ LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1039, por ejemplo, destaca el límite establecido en el art. 14 CE.

⁴⁵⁹ LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1435-1436, 1460, 1473; REYES ALVARADO, «Amnistía y pecado original», en *El Espectador*, 31 de octubre de 2016.

⁴⁶⁰ ORTOS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal, Parte General*, p. 388.

⁴⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 819: «A mi juicio la amnistía se excluye de nuestro ordenamiento (...) Desde el punto de vista de sus efectos, si se suprimen los indultos generales, con más motivo la amnistía».

⁴⁶² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, pp. 952-953: «A nuestro entender, la Constitución debiera también haber prohibido expresamente la amnistía, por las mismas o más razones que no permiten los llamados indultos generales. Es más: puede mantenerse, sin duda, que si los indultos generales están constitucionalmente prohibidos, con mucha mayor razón debe entenderse prohibida la amnistía. Carecería de sentido, desde luego, prohibir lo menos (indultos generales), y permitir lo más (amnistías), de no ser porque éstas habría de concederlas el Parlamento en virtud de Ley, y lo que limita la potestad de gracia tal vez no afecta al poder legislativo de las Cortes generales».

⁴⁶³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, pp. 952-953: «Creemos que esos límites [a la amnistía] nacen de la propia Constitución que la desconoce, y de la difícil compatibilidad con la concepción de un Estado de Derecho (artículo 1. 1, de la Constitución). Y, desde luego, aunque hubiera que entender que no se halla vedada absolutamente, es preciso reconocer que resulta constitucionalmente sospechosa».

⁴⁶⁴ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 282; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 136; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 86-91; misma autora, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», p. 613; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», p. 104; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», p. 244; MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 17-19; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, p. 1002, § 76, 5; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 13, la caracteriza como *lex specialis*.

En contra, FERRI, *Principii di Diritto Criminale, Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice Penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1928, p. 178: «perché il compito dell'amnistia –come provvedimento straordinario– esige una rapidità e

exclusivamente de configuración legislativa⁴⁶⁶, suponiendo una excepción de aplicación de la legislación penal decidida por el legislador y llegando a ser calificada por algunos autores, creo que dudosamente, como una corrección del derecho⁴⁶⁷.

En la aprobación de una ley de amnistía es el propio legislador⁴⁶⁸, el propio Parlamento⁴⁶⁹ quien, ante una circunstancia excepcional⁴⁷⁰ –inspirada por razones de alta trascendencia «en

relativa segretezza di preparazione, secondo le opportunità del momento, che male si realizzano colle discussioni e formalità nei due rami del Parlamento».

En concreto, LINDE PANIAGUA, «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 del Ministerio de Justicia, Sección doctrinal, núm. 1823, de 15 de junio de 1998, pp. 1420-1421, defiende la necesidad de que, para el Derecho penal, se otorgue por Ley Orgánica. En idéntico sentido, CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 179.

⁴⁶⁵ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 17: «*da sich das Wesen der Amnestie im Rahmen des modernen Rechtsstaats von dem der Gnade gelöst habe*»; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 71-91 (especialmente, pp. 85-86); PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», pp. 57-58; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 38; OSTOS MOTA, «El indulto», p. 1066; ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», p. 502.

STC alemán de 22 de abril de 1953: «*Die Anschauungen über das Wesen der "Amnestie" haben sich jedoch mit der staatsrechtlichen Entwicklung vom alten Obrigkeitsstaate zum modernen demokratischen Rechtsstaat gewandelt. Im Volksbewußtsein wird die Gewährung von Amnestie nicht mehr als Ausfluß einer dem Recht vorgehenden Gnade, sondern als Korrektur des Rechts selbst empfunden. Außerdem entspricht es dem Wesen des modernen Rechtsstaates, daß Amnestie nicht mehr durch einen Gnadenerweis des Staatsoberhauptes, sondern gesetzlich gewährt wird*».

⁴⁶⁶ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 18; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 211-212.

⁴⁶⁷ FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 21: «*Die Amnestie ist dagegen im modernen demokratischen Rechtsstaat nicht mehr Ausfluss einer dem Recht vorgehenden Gnade, sondern Korrektur des Rechts selbst. Es entspricht dem Wesen des modernen Rechtsstaates, dass Amnestie nicht mehr durch einen Gnadenerweis des Staatsoberhauptes, sondern nur durch formelles Gesetz gewährt werden kann*»; FALCÓN y TELLA, M. J., *Equidad, Derecho y Justicia*, p. 307; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 48-49; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, p. 387. En contra, SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 212-213.

En este sentido, STC de 9 de junio de 1986: «*la amnistía, sea como sea definida, está estrechamente vinculada a la existencia de una previa responsabilidad por actos ilícitos, ya sean administrativos, penales o de otra índole: sobre este presupuesto operará la amnistía extinguiendo la responsabilidad, según unos (el delito o la falta, según otros), para hacer desaparecer, con fundamento en una idea de justicia, las consecuencias de un Derecho anterior, que se repudian al constituirse un orden político nuevo, basado en principios opuestos a los que motivaron la tacha de ilicitud de aquellas actividades*».

⁴⁶⁸ LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1032; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 16, 208: «*Damit wird ein Gegensatz zwischen Gnade und Amnestie gekennzeichnet. Er bezieht sich nicht nur auf die äußere Form, sondern auch auf den Inhalt. Ein Amnestiegesetz kann alles anordnen, was Gnadenerweise bewirken können. Die Gnade kann aber nicht alles bewirken, was im Wege eines Amnestiegesetzes möglich ist*» (p. 16).

⁴⁶⁹ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 74, 104; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 13-16; PÉREZ DEL VALLE, «Amnistía, Constitución y justicia material», p. 192, inserta la competencia en el art. 149. 1. 6º CE; LINDE PANIAGUA, «Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978», p. 57, recuerda la enmienda presentada por el Grupo Mixto en el proceso constitucional para incluir dicha mención expresamente en las facultades asignadas a las Cortes Generales.

Históricamente, en el art. 102 CE de 1931, se hacía constar expresamente esta circunstancia: «*Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento*».

DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Herramientas (jurídicas) para la paz», en Diario Vasco, 1999, utiliza dicho argumento para defender la inexistencia de interdicción constitucional de la amnistía: «*La limitación constitucional del indulto [general] en modo alguno puede interpretarse como interdicción de la amnistía. (...) La amnistía es un acto del Parlamento soberano, aprobado por Ley promulgada por el monarca. (...) técnicamente, la restricción constitucional limitadora de los indultos generales no alcanza a la amnistía y que*

la tranquilidad y aún en la organización política del Estado»⁴⁷¹ o por «razón de Estado»⁴⁷²—, decide aprobar una norma de rango legal que regule los efectos de ésta⁴⁷³. No es el poder ejecutivo sino el legislativo quien, por consiguiente, adopta dicha medida⁴⁷⁴. Dentro de determinados límites⁴⁷⁵, el mismo poder que decide qué hechos han de ser tipificados, perseguidos y condenados, es el que asume y resuelve que, ante una situación extraordinaria⁴⁷⁶, no lo sean⁴⁷⁷. Ello incide, se anticipa ya, en un factor básico como es la cuestión de la legitimidad democrática de la adopción de esta medida de perdón que no puede considerarse como una cuestión menor⁴⁷⁸.

De esta circunstancia se derivan las siguientes cuatro consecuencias: **(i)** En la medida en que la amnistía no es un acto del poder ejecutivo sino una Ley en sentido material, no cuestiona la potestad jurisdiccional⁴⁷⁹; **(ii)** Habida cuenta de que se trata de una Ley aprobada por el poder legislativo, no existe ningún riesgo potencial de que se produzca una brecha en el principio de separación o división de poderes; **(iii)** Toda vez que, en principio⁴⁸⁰, no se trata de una decisión singular para un caso concreto —aunque éste pueda tomarse de ejemplo— sino una decisión que afecta a un número indeterminado pero determinable de delitos, de supuestos típicos⁴⁸¹, los efectos se extienden automáticamente —con alcance necesariamente universal⁴⁸²— a aquellos que resulten afectados por la amnistía, sin que, *a priori*, se produzca un menoscabo

(...) ningún límite encontraría el Parlamento soberano para aprobar, si lo considerara oportuno, una Ley de amnistía».

⁴⁷⁰ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 13-17: «(...) schließen Amnestien im allgemeinen Ausnahmestände ab, in denen Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein gelitten haben. Nach dem Ende von Kriegen, Umstürzen, Aufständen oder Zeiten der Not, die bekanntlich kein Gebot kennt, signalisieren sie Vergessen und Neubeginn und dokumentieren zugleich die Stabilität des Staates. Amnestien wollen eine Befriedung erreichen, hinter der die Verwirklichung des Rechts und die Durchsetzung von Strafdrohungen ausnahmsweise zurücktreten sollen» (pp. 16-17).

⁴⁷¹ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», p. 157; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 435.

⁴⁷² ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 77.

⁴⁷³ ANCEL, *Capital Punishment*, p. 28, sobre la libertad configurativa del legislador en relación con la amnistía; LINDE PANIAGUA, «Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978», pp. 58-60.

Quizá por ello, MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 224, al tratar los fines que guían los indultos generales, las que se denominan «motivaciones políticas profundas», concluyen con que para la consecución de dichos móviles no debería servir el derecho de gracia.

⁴⁷⁴ Salvo nimias excepciones, como el caso de la Clemency Order núm. 1 de 1988 de Zimbabue —dada por el poder ejecutivo—.

⁴⁷⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», p. 97; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 230-231. Vid. nota al pie 433.

⁴⁷⁶ RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 578-581 (especialmente, p. 578).

⁴⁷⁷ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 136. Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, p. 7.

⁴⁷⁸ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 136: «die Amnestie immer nur durch ein Gesetz eingeführt werden kann, also durch eine Entscheidung der gesetzgebenden, in unseren modernen Demokratien das gesamte Volk vertretenden Gewalt, wohingegen für die Gnade schon ein Erlass des Hauptes der exekutiven Gewalt genügt»; WALDHOFF, «Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?», en mismo autor (Dir.), *Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2014, pp. 148-149.

⁴⁷⁹ STC alemán de 22 de abril de 1953. Vid. nota al pie 427.

⁴⁸⁰ Vid. capítulo [7] *Conclusiones y propuestas. El indulto en el Estado de Derecho actual y compatibilidad con un Derecho penal moderno*.

⁴⁸¹ SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, p. 17.

STC alemán de 15 de diciembre de 1959.

⁴⁸² STC 3 de diciembre de 1993.

del principio de igualdad ante la ley, principio constitucional al que la amnistía debe ajustarse⁴⁸³; **(iv)** Sin perjuicio de la libertad de configuración del legislador, al tratarse de una Ley puede ser sometida a los controles que le son propios, incluyéndose la constitucionalidad de su redacción⁴⁸⁴.

El efectivo derecho de castigar del Estado no es ilimitado y es susceptible de configuración legal⁴⁸⁵; sin riesgo de que se aduzca una privación por el Estado de protección a las víctimas. El legislador, con estricto respeto a la Constitución⁴⁸⁶, determina en qué supuestos y bajo qué requisitos queda conformado el ejercicio y ejecución del *ius puniendi* estatal⁴⁸⁷.

En nuestro sistema jurídico esa configuración legal se proyecta, por ejemplo, en el sobreseimiento del procedimiento penal (arts. 634 ss. LECrim); en el instituto de la prescripción del delito (art. 131 CP) como causa de extinción de la responsabilidad penal, entre otras (art. 130 CP)⁴⁸⁸; en las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional (arts. 80 ss. CP); o en las leyes de amnistía⁴⁸⁹. No es un detalle insignificante que la única excepción a esta exigencia normativa, consistente en que sea una norma legal la que establezca las condiciones concretas para que ese poder estatal de castigar ceda y no sea ejecutado, sea precisamente el indulto⁴⁹⁰.

⁴⁸³ STC de 26 de mayo de 1982, de 20 de julio de 1983 o de 7 de julio de 1987. En STC de 20 de julio de 1983: «No es menester en el caso que estudiamos el contemplar desde una perspectiva general si el ejercicio del derecho de gracia ha de conciliarse con el principio de igualdad. Que esto ha de ser así en el caso de la amnistía que estudiamos, alumbrada por la idea de una negación de las consecuencias subsistentes de un derecho anterior cuya corrección se hizo indispensable, es algo que se asienta firmemente en el valor de la igualdad y en la sujeción de todos los poderes públicos –también del legislativo– a este valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1 de la C.E.)». También la STC alemán de 15 de diciembre de 1959.

Sobre la diferencia respecto del principio de igualdad entre indulto y amnistía, SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», p. 1253, nota 39.

Reticente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1468, sobre la posible quiebra del principio de igualdad para con los posteriores infractores del mismo delito de aprobarse una amnistía, a favor de la elaboración de una nueva legislación. En un sentido semejante, VALLÈS MUÑO, «Amnistía y responsabilidad civil», p. 5, quien deriva cierta nota de arbitrariedad de las amnistías en relación con los hechos que quedan (o no) comprendidos en su ámbito de aplicación.

⁴⁸⁴ STC alemán de 15 de diciembre de 1959.

⁴⁸⁵ BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, pp. 189-193; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1473; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1036.

Vid. STC de 1 de febrero de 2016.

⁴⁸⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», p. 97; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», p. 230, sobre la no omnipotencia del poder legislativo y su necesaria vinculación a la Constitución.

⁴⁸⁷ AGUADO RENEDO, «Espagne», p. 399; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, pp. 103-104; PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 187-188, sobre la posibilidad del Estado de configurar mecanismos de no punibilidad.

⁴⁸⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», p. 5, desde la perspectiva de que el principio de necesidad de ejecución de la pena no se identifica con el de declaración de responsabilidad e imposición de pena.

⁴⁸⁹ STS de 27 de febrero de 2012.

Respecto de la amnistía, específicamente MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 50-53: «Die Amnestie gehört zu den Mitteln, die dem Gesetzgeber zur Verfügung stehen, um den praktischen Wirkungsbereich einer Strafvorschrift einzuschränken» (p. 52); ENGELHART, «Objetivos de la justicia de transición», en GALAIN, *¿Justicia de transición?*, p. 38.

⁴⁹⁰ STC alemán de 20 de octubre de 1977.

2.2.5. Diferencias entre la amnistía y el indulto particular: constatación de su heterogeneidad

A efectos de delimitación conceptual resulta necesario destacar las diferencias entre la amnistía y el indulto particular, partiendo del análisis de elementos ya anticipados y que ilustran la heterogeneidad predicable respecto de ambas figuras. El Cuadro 1 (*Anexo*) sintetiza sus divergencias configurativas⁴⁹¹.

En contraposición a la figura de la amnistía aparece en nuestro ordenamiento jurídico vigente el indulto particular. El órgano que tiene atribuida la concesión de los indultos es nominalmente el Rey (art. 62. i. CE⁴⁹²), pero se materializa como un acto del Gobierno, con refrendo y a propuesta del Ministro de Justicia (arts. 56. 3 y 64 CE) y previa deliberación del Consejo de Ministros. Por tanto, el indulto es ejercido por el poder ejecutivo.

A diferencia de la amnistía, el indulto es un perdón, sin olvido. Ello implica que el delito subsiste a su concesión⁴⁹³ y que de su otorgamiento no se deduce una valoración sobre la norma de la que derivó la pena que ulteriormente se indulta⁴⁹⁴.

Sus efectos se limitan exclusivamente a la ejecución de la pena⁴⁹⁵, modificando su eficacia normal⁴⁹⁶ (no se extiende a la responsabilidad civil –art. 6 *in fine* LI–, a las costas procesales –art. 9 LI– o a los antecedentes penales generados con motivo del dictado de la sentencia condenatoria⁴⁹⁷). Conforme a lo dispuesto en el art. 4 LI, la pena puede ser remitida íntegramente, parcialmente o conmutada.

DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», pp. 629, 633, destaca la naturaleza extraña de la gracia, respecto del «*espíritu y estructura de aquellos preceptos jurídico penales*» (p. 629).

⁴⁹¹ Recopiladas también en MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», p. 3.

⁴⁹² LINDE PANIAGUA, «Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978», pp. 61-65.

⁴⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 96, destaca dicho rasgo distintivo como positivo a favor del indulto y en contra de la amnistía que supone un (a veces, auto)bloqueo de la propia declaración de responsabilidad penal. Sin embargo, con la figura del indulto, a pesar de prescindirse de la ejecución de la pena (parcial o totalmente): «*el injusto culpable del autor y, con él, la constitución del afectado como "víctima" pueden quedar perfectamente establecidos en la condena*».

⁴⁹⁴ PINEDA, «Derecho de gracia o indulto», p. 34-35; REQUEJO PAGÉS, «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», p. 83; SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», p. 45; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, p. 130.

⁴⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», en GÓMEZ TOMILLO RODRIGO (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General, Artículos 1-137, tomo 1*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 89, sobre este particular, inciden en que si la pena objeto de indulto se deja sin efecto (por quedar anulada), el indulto deviene ineficaz; GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1089.

⁴⁹⁶ Por todas, las STS de 14 de noviembre y 17 de marzo de 2014: «*El indulto tiene por objeto la remisión de toda o parte de la pena impuesta. Es la pena y no el delito, o su calificación jurídica, lo que constituye el objeto del indulto*».

BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, p. 112.

BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, p. 878, IV, 7, anuda a la sentencia firme un derecho inmediato y líquido al cumplimiento íntegro de la pena, por lo que considera también el aplazamiento de la ejecución penal y el cumplimiento de la pena a plazos como actos de perdón.

⁴⁹⁷ ATS de 18 de enero de 2001 o STS de 20 de febrero de 2013.

CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 51; GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1089, alude expresamente a la nula afectación del indulto respecto del comiso, aun cuando la LI guarda silencio. Sin embargo, cfr. MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 64-65, 70-71, para

En teoría, el indulto particular es otorgado a un concreto sujeto pasivo del proceso penal condenado, en atención a sus circunstancias e idiosincrásica realidad. Se asume por ello, en su concesión, una perspectiva subjetiva de la que la amnistía adolece⁴⁹⁸.

Por último y sin perjuicio del oportuno análisis en profundidad sobre las razones concretas que justifican la concesión del indulto⁴⁹⁹, puede anticiparse que éstas son apriorísticamente y con carácter mayoritario, distintas a las que motivan la aprobación de una ley de amnistía⁵⁰⁰.

Aunque en epígrafes posteriores profundizaremos sobre este punto, baste anticipar aquí que, al defender la legitimidad y necesidad de la figura del indulto, no son pocos los que afirman que el indulto no se concedería por razones estrictamente jurídicas (de ahí la diferenciación entre la «justicia» y la «gracia»⁵⁰¹). Se alega que, al igual que ocurre con la amnistía, las razones que determinan su concesión son primordial y esencialmente políticas⁵⁰². La motivación del indulto y su encaje sistemático, según estas mismas voces, se produciría no porque respondiese al cumplimiento de finalidades jurídicas sino porque se dirigiría a aspiraciones políticas que no son alcanzables por los mecanismos jurídicos presentes y disponibles en el ordenamiento, respecto de los que el indulto se separa y eleva.

Al margen del respeto que merece la anterior construcción, no puede dejar de adelantarse un aspecto básico como es que un análisis empírico sobre la utilización del indulto refleja que no todas las concesiones están orientadas por un fin político o de oportunidad política, que también. Contrariamente a lo señalado por aquéllos, en casos no residuales que *de facto* son mayoritarios, su uso viene referido a motivos jurídicos⁵⁰³ lo que, en último término, no desatiende la propia literalidad de la LI en cuanto a los fines perseguidos con la figura entre los que, además de la utilidad pública, genéricamente se apunta la consecución de la justicia y equidad⁵⁰⁴.

quien no habría obstáculo en comprenderlo en el ámbito de aplicación del LI, siempre que se tratara de comiso no ejecutado.

En Estados Unidos de América, sin embargo, la figura del perdón sirve también para eliminar los antecedentes penales. Vid. KEATING, «Executive clemency: an ancient power and a modern solution», pp. 13-14, 35. Por ello, NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 89-90, recoge las propuestas dogmáticas que se han presentado para que, asumiendo nuestro modelo, los antecedentes penales no necesiten ser objeto de un indulto para su cancelación, sino que ésta pueda producirse por el transcurso del tiempo (como predica el art. 136 CP).

⁴⁹⁸ ANCEL, *Capital Punishment*, p. 27; BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 20; CADALSO, *La libertad condicional*, p. 275; GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, p. 64; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1472; SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 2011, 6ª ed., p. 1379.

⁴⁹⁹ Vid. capítulo 4. *Utilización de la figura del indulto y finalidades asignadas. Una propuesta sistémica*

⁵⁰⁰ PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 37, sobre la diferencia entre el indulto particular y la amnistía y la consideración de ésta como un acto de dirección política que, según su opinión, no debe compartir el indulto.

⁵⁰¹ Vid. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 158.

⁵⁰² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, p. 950.

STS de 2 de diciembre de 2005, sobre la admisibilidad de la denegación de un indulto por parte del Gobierno en funciones.

⁵⁰³ LINDE PANIAGUA, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», pp. 161-162, de hecho, considera que el Gobierno, al indultar, dicta actos de administración de justicia, como necesaria compensación de los límites que tienen los jueces en su función aplicativa del Derecho.

⁵⁰⁴ Vid. bloque 4. *Utilización de la figura del indulto y finalidades asignadas. Una propuesta sistémica*.

2.2.6. Diferencias entre la amnistía y el indulto general. La denominada «amnistía impropia»

Antes de concluir el presente apartado y aunque el objeto de nuestro estudio se centre en los indultos particulares, resulta obligado dedicar unas consideraciones finales a la distinción entre la figura de la amnistía, no proscrita en nuestra CE, y la del indulto general, de utilización vedada constitucionalmente ex art. 62. i. CE.

Las dos instituciones comparten como rasgo definitorio que afectan a una pluralidad determinable de sujetos y, por tanto, las razones de su otorgamiento no atienden a circunstancias particulares propias del sujeto finalmente beneficiado.

Históricamente, como ya señalara BRAVO⁵⁰⁵, los indultos generales podían ser empleados para un fin compartido por la amnistía: para apaciguar, calmar las aguas tras un episodio de convulsión socio-política, para conseguir una pacificación⁵⁰⁶. En la actualidad, sin embargo, aunque nada obsta para que mantengan aquel empleo, son utilizados principalmente para dos fines ajenos a los que inspiran la amnistía: la conmemoración de festividades y el vaciamiento de establecimientos penitenciarios ante un problema de sobrepoblación carcelaria⁵⁰⁷. Sirvan de ejemplo sendas leyes aprobadas por Chile, representativas de dichas finalidades: la Ley 19.736, de 5 de julio de 2001 (publicada el siguiente día 19) sobre indulto general, con motivo del jubileo 2000; y la Ley 20.588/2012, de 22 de mayo de 2012 (publicada el 1 de junio de aquel año) de indulto general, concedido bajo determinadas circunstancias y condiciones.

La diferencia entre las dos figuras, la amnistía y el indulto general, no reside en el tipo de delitos a los que afectan; máxime cuando el indulto general, en teoría y en tanto que indulto, debería no verse referenciado a determinados ilícitos sino, más bien, a un tipo de pena o un grado de cumplimiento de ésta⁵⁰⁸.

Tampoco el distingo se debe identificar con el tipo de norma que los aprueba. La amnistía siempre es acordada por el poder legislativo y revestirá forma de ley. El indulto general, normalmente no, pero ningún argumento dogmático puede oponerse a ello en ordenamientos en que su dictado sea posible –como acabamos de comprobar con las referencias chilenas–.

El rasgo distintivo anida en los efectos que llevan aparejados y, por lo general, en la declaración de responsabilidad respecto del hecho cometido. Como ya se ha tenido ocasión de

⁵⁰⁵ BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 21-22.

⁵⁰⁶ GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 907, sobre el empleo de los indultos generales por cuestiones de seguridad política, para asegurar una convivencia pacífica; GUZMÁN ERRÁZURIZ, «Indulto presidencial y terrorismo», p. 282.

⁵⁰⁷ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», p. 263, asume una posición similar, destacando el empleo de los indultos generales como «instrumentos de propaganda política cuando no de descongestión de la superpoblación carcelaria»; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 54-55.

⁵⁰⁸ Por ejemplo, en virtud del RD 388/1977, de 14 de marzo sobre indulto general (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1977) no solo se indultaba respecto de delitos de intencionalidad política y de opinión no amnistiados (art. Primero), sino que se indultó también la «cuarta parte de las penas impuestas o que puedan imponerse por todos los delitos y faltas no incluidos en el capítulo anterior y comprendidos en el Código Penal, Código de Justicia Militar y Leyes penales especiales por hechos realizados hasta el día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis»; reducción de pena que nunca sería inferior a un año (art. Segundo).

apuntar, la figura de la amnistía incide en el delito. Su aprobación genera una ficción que implica aceptar que el hecho penalmente reprochable (que puede aún no haber sido efectivamente reprochado) «es como si nunca se hubiera producido». Ello genera el efecto de excepción en la aplicación de la Ley penal sobre el que se profundizó en líneas precedentes.

Los efectos del indulto general, sin embargo, inciden en la pena. Por lo general, se parte de que existieron esos hechos delictivos respecto de los que no se ensaya ficción alguna, que fueron cometidos por determinado autor, responsable de aquéllos. Esta declaración se mantiene y el indulto general incide en las consecuencias jurídicas que de dicha declaración se derivan y cuya ejecución es mitigada –bien por un acortamiento de las impuestas, bien por una conmutación de la pena que debe ejecutarse, bien por la eliminación total de la necesidad de cumplimiento–.

Sin embargo y aunque el patrón expuesto responde a la pauta general, en la práctica no todo indulto general se ha decretado para penas ya fijadas en el correspondiente pronunciamiento judicial, sino que han existido indultos anticipados⁵⁰⁹, antes de que se produjera la declaración de responsabilidad, impidiendo que, de facto, esa declaración fuera efectiva y, por consiguiente, que ninguna pena se impusiera⁵¹⁰.

En este tipo de escenarios de indultos generales anticipados, habrán de distinguirse dos supuestos: **(i)** aquellos en los que el ámbito de aplicación del indulto general se referencie a un determinado tipo de delito –no debiendo confundir dicha referencia al hecho típico con los efectos que despliega dicha figura respecto de la pena–; o **(ii)** aquellos contextos cuyo ámbito de aplicación quede referenciado a una determinada extensión de la pena que pueda ser impuesta o a un determinado tipo de pena que queda sustituida por otra que fije el propio indulto general.

En el segundo escenario, la dinámica posterior a la aprobación del indulto general no ofrece mayor dificultad. Se daría continuidad al procedimiento y, de concluirse la responsabilidad penal del autor, automáticamente se dictaría la sentencia condenatoria ajustada a las previsiones penológicas, más livianas, que se hubieran marcado anticipadamente, previo al dictado de aquella sentencia, conforme a las pautas contenidas en el indulto general⁵¹¹.

Sin embargo, en el primero de los supuestos se origina una situación anómala por la que la jurisprudencia llegó a bautizar al indulto general anticipado como «amnistía impropia»⁵¹². De decretarse el indulto general respecto de un determinado tipo delictivo antes de que la

⁵⁰⁹ Vid. apartado 2.1.6. *El indulto general y sus diferencias con el indulto particular.*

⁵¹⁰ GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», pp. 898, 911, 919-923; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1029, lo achaca a que, en la práctica, no se ha respetado un deslinde nítido entre la amnistía y el indulto general; PALACIOS LUQUE, «Sobre la amnistía y el indulto», p. 9.

⁵¹¹ Las STS de 29 de marzo de 1977 y de 15 de junio de 1973, sin embargo, validan la postergación de la determinación del efecto penológico del indulto general a la fase de ejecución de sentencia, tras el oportuno informe del Ministerio Fiscal, sin que el Decreto 2326/1971, de 23 de septiembre, por el que se concede indulto con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado se pronunciara en este sentido. Favorable a la posdeterminación en fase de ejecución de sentencia, CAMPELO IGLESIAS, «El indulto y su incidencia en las actuaciones judiciales», p. 9.

⁵¹² Sirvan de ejemplo las STS de 11 de marzo de 1974, de 23 de junio de 1976, de 28 de junio de 1977, de 5 de mayo de 1978 y de 8 de noviembre de 1978.

declaración de responsabilidad se haga efectiva, se imposibilita que dicha declaración pueda ser formulada. No porque, como indica la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de mayo de 1987, el indulto general parta de una declaración «de responsabilidad presunta», dado que en Derecho penal nunca sería dable dicha presunción. Tampoco porque se trate de una amnistía anómala: no se asumiría la ficción de ausencia de concreción de los hechos. Lo que llanamente se admitiría sería un enunciado que podría formularse como sigue: de haberse cometido los hechos, sí serían delito; sin embargo, el mandato dado por el indulto general impide efectuar ninguna declaración de responsabilidad respecto de ellos, no pueden ser penados, por lo que el procedimiento debe ser anticipadamente sobreseído y ninguna pena podrá ser impuesta⁵¹³.

Se comprende, aunque no se comparte, el bautizo terminológico acuñado por el Tribunal Supremo porque, en último término, el resultado es la ausencia de declaración de responsabilidad, la imposibilidad de una sentencia de signo condenatorio. Sin embargo, ha de insistirse en que la fenomenología de los efectos de las dos figuras no obedece al mismo patrón. Ello explica, por ejemplo, que el indulto general pueda ser sometido a condición⁵¹⁴ y la amnistía no⁵¹⁵, dado que en el segundo caso «es como si los hechos nunca hubieran existido» y, en el primero, «los hechos, de haberse cometido, serían delictivos».

2.3. Diferencias entre el indulto particular y el perdón del ofendido: causa de extinción de la responsabilidad vs. causa de exclusión de la responsabilidad penal

Otra de las causas alistadas como de extinción de responsabilidad criminal y que se relaciona con el indulto por basarse en una figura de perdón (ya no estatal sino particular), es la figura del perdón del ofendido contemplada en el art. 130. 5º CP.

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN llegan a sostener que dicha institución es «una especie de “gracia privada”»⁵¹⁶ y para SILVA SÁNCHEZ, supone la forma más pura de perdón que existe en nuestro ordenamiento jurídico⁵¹⁷. Sus efectos se limitan al ámbito de los delitos leves perseguibles a instancia del agraviado o cuando la ley expresamente lo dispone –concretamente: arts. 201. 3 CP (descubrimiento y revelación de secretos); 215. 3 CP (calumnias e injurias); y 267, tercer párrafo CP (daños por imprudencia grave)–.

⁵¹³ STS de 20 de febrero de 1973.

En este sentido se pronunciaba el art. 3 del Decreto 2326/1971, de 23 de septiembre, por el que se concede indulto con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado.

⁵¹⁴ Así, por ejemplo, el art. Séptimo del RD 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general, establecía como condición que todos los favorecidos por el indulto no incidieran «*en conductas análogas en el plazo de cinco años*».

⁵¹⁵ Ninguna condición se insertó en el Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía; el Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia, o en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía.

⁵¹⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, p. 954. Argumento que emplea CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 181, para defender la figura del indulto.

⁵¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, «El perdón: prólogo para penalistas», determina, al respecto, que el *perdón* estaría más relacionado con la víctima que con el Estado, por lo que anticipa la necesidad de promover mecanismos de reconciliación (mediación penal) entre víctima y autor para reparar los efectos del delito.

Interesante resulta el contenido del art. 19 LORRPM, en relación al sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, en el que se hace alusión a la necesidad, entre otros requisitos, de que la víctima acepte las disculpas del menor para que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente. En el Preámbulo de dicha Ley, II. 13, segundo párrafo, se afirma: «*La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón*»⁵¹⁸. Según LARRAURI, ello es muestra de que los mecanismos propios de la justicia restauradora están firmemente implantados en el sistema penal juvenil⁵¹⁹.

Su existencia refleja que el perdón, como concepto general, no queda exclusivamente referido a un ámbito de renuncia estatal de la pena íntegramente ejecutada, ni, yendo más lejos, tampoco al ámbito del Derecho penal, pudiendo encontrarse sus trazas incluso en el ámbito civil (arts. 1156, 1187 ss. CC)⁵²⁰.

Sin embargo y a pesar de estar basado también en una dialéctica de indulgencia, las diferencias de las dos figuras, indulto y perdón del ofendido, son reseñables. En primer lugar, debe advertirse que mientras que en la institución del indulto lo que se produce es una renuncia estatal a la ejecución íntegra de la pena, el perdón del ofendido es un desistimiento que emana de un particular en el seno de un sistema jurídico-penal de carácter público. Ello implica que, siendo una figura extraña a aquel sistema en el que se inserta, el perdón del ofendido es residual y queda marginado a aquellos supuestos en los que la afectación al bien jurídico protegido personal carezca apenas de relevancia o interés más allá de la individualidad⁵²¹ (ejemplo de ello es el delito de injurias). Esta renuncia de la víctima es *rara avis* y supone una excepción al derecho del Estado a castigar, el cual no pertenece (ni es renunciable) a ningún individuo concreto, sino a la sociedad en general⁵²².

El segundo de los distinguos a resaltar es que, conforme a la reforma operada en virtud de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, el perdón del ofendido debe ser expresado antes de que se dicte la sentencia. De otorgarse el perdón, la eventual pena nunca llega a ser efectivamente impuesta, ni existe siquiera un

⁵¹⁸ Traído a colación por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 165.

⁵¹⁹ LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 62-63, 167, también destaca las experiencias para el sistema de adultos, como los procesos de mediación entre víctimas individuales y ex miembros de ETA (p. 63).

⁵²⁰ FALCÓN y TELLA, M. J., *Equidad, Derecho y Justicia*, pp. 306-307.

⁵²¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, p. 954: «*el Estado hace una renuncia a su poder punitivo, siempre que exista perdón por parte del ofendido, por entender que en tales delitos el bien jurídico, exclusivamente personal, es de todo punto disponible por su titular en cualquier momento, y en consecuencia, decae también, si aquél se produce, el ius puniendi estatal que se encuentra, por así decir, soldado a un simple interés privado*».

⁵²² BENTHAM, *Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring*, vol. I, Russel & Russel, Nueva York, 1962, p. 521. Vid. en este sentido, CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 64-67, 92-93, 158-159, sobre el derecho de la víctima de un delito, no a la imposición del castigo por el Estado al autor, sino al restablecimiento de su dignidad.

pronunciamiento del órgano enjuiciador. Sin embargo, para que se otorgue un indulto particular es necesario que la sentencia haya sido emitida, sea de signo condenatorio –exista una declaración de responsabilidad penal por el órgano judicial– y haya alcanzado firmeza⁵²³. La pena es efectivamente impuesta pero el indulto impide su ejecución íntegra. Efectuar la anterior distinción permite diferenciar entre el indulto, como causa de extinción de la responsabilidad criminal (de tipo 2)⁵²⁴ y el perdón del ofendido que, si bien aparece también así alistado (art. 130. 5º CP), se trata, en realidad, de una causa de exclusión de la responsabilidad penal⁵²⁵.

La tercera diferencia entre indulto y perdón del ofendido reside en la posibilidad de establecer condición. Mientras que el indulto puede quedar sujeto a ella⁵²⁶ (art. 16 LI) –por ejemplo, no cometer un delito doloso en determinado plazo de tiempo⁵²⁷–, el perdón del ofendido es incondicionado⁵²⁸; aproximándose, por ello, al concepto del perdón elaborado por JANKÉLÉVITCH⁵²⁹. Es interesante conocer que, en la práctica, en todos los indultos concedidos entre 2000 y 2008 se estableció algún tipo de condición, según el análisis acometido por

⁵²³ BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, p. 22.

⁵²⁴ Vid. apartado 2.1.5. *Naturaleza del indulto: ¿causa de extinción de la responsabilidad penal?*

⁵²⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2015, p. 120; mismo autor, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 51: «*el perdón, para ser eficaz, debe haberse otorgado antes de que se dicte la sentencia. Por tanto, no puede extinguir una responsabilidad criminal todavía no declarada. Se trata, en realidad, de una causa de exclusión de la responsabilidad criminal*».

DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», pp. 616, nota 2, 629, 631, 661, destaca la heterogeneidad de causas del anterior art. 112 CP (hoy art. 130 CP) y su difícil comprensión conjunta –y no correlación– como causas de extinción de la responsabilidad penal. Destaca una interesante reflexión: «*es excepcional el efecto llamado de indulto total, comprobándose nuevamente la no correlación con el artículo 112 número 4 del Código penal que asigna al indulto la misión de extinguir la responsabilidad penal*» (p. 661).

⁵²⁶ Favorable, BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, Clarendon Press, Oxford, 1770, 4ª ed., p. 394, para quien todos los indultos deberían someterse a condición; BRAVO, *La gracia de indulto*, Ed. E. T. Pedro Núñez, Madrid, 1889, pp. 18, 195-196, 225-231, quien, en su propuesta de ley reguladora de la institución del indulto, incorpora la necesidad de que todo indulto se entienda condicionado (art. 12, p. 226); FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, p. 178; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 70-71.

Sin embargo, NIETO MARTÍN, «Cuestionario sobre el derecho de gracia», p. 186, califica la regulación actual del condicionamiento como muy parca; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», pp. 392-393, en contra de la amplitud del tenor del art. 16 LI; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 65, sostienen la necesidad de que las condiciones a imponer en un Estado de Derecho no sean más gravosas que la condena ni interfieran en competencias de otros órganos constitucionales; PINEDA, «Derecho de gracia o indulto», p. 36, sobre el total al arbitrio del Consejo de Ministros al establecer las condiciones.

⁵²⁷ PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 69, sostienen la necesidad de incorporar dicha condición *ex lege*.

⁵²⁸ GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1092.

⁵²⁹ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 129, 205-206; MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», p. 706, § 6670; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, pp. 96-98, 102, sobre la posición de JANKÉLÉVITCH y DERRIDA; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», pp. 60, 77-78.

RIVAS PALÁ, «Perdón y justicia transicional», pp. 354-355, 357, 359-362, defendiendo que el perdón se sitúa en un espacio ético vacío, asume la imposibilidad de encontrar defensa de la obligatoriedad del perdón incondicionado (a salvo en el contexto religioso), asumiendo como determinante entre el concepto de perdón condicional e incondicional (en el plano moral) la petición de perdón por el ofendido. Acogiendo esa misma sistematización en función de la solicitud de perdón del autor, FERNÁNDEZ MANZANO, «Restorative Justice, Forgiveness and Reparation for the Victims», en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm. 3, 2014, pp. 395-397.

DOVAL PAIS y su equipo de investigación respecto de los indultos otorgados entre 2000 y 2009⁵³⁰.

Actualmente, en nuestro país las condiciones que suelen imponerse son el abono de la multa o el pago de la responsabilidad civil⁵³¹, que el condenado no abandone o se someta a un tratamiento de desintoxicación hasta alcanzar su total rehabilitación⁵³² y, sobre todo, que no se cometan delitos dolosos en un plazo que se sitúa entre los 2 y los 5 años⁵³³. La totalidad de los indultos concedidos en 2016 y 2017 (hasta el 15 de mayo) estaban sujetos a condición (en su mayor parte, sujetos a la ausencia de comisión de delitos dolosos en un plazo determinado desde la publicación de los Reales Decretos de concesión).

El establecimiento de condiciones al otorgarse un indulto es una práctica generalizada, no solo en derecho continental⁵³⁴, sino también en aquellos ordenamientos de derecho anglosajón⁵³⁵. En Gran Bretaña se recogió expresamente como una modalidad de otorgamiento de perdón en los Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, 6 & 7 Victoriae, 1843, vol. XVI, parte II, Capítulo VII, II, al referirse al *Act to amend the Law affecting transported convicts with respect to pardons and tickets of leave*, de 3 de abril de 1843, tras la aprobación del *Act for abolishing the punishment of death in*

⁵³⁰ DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», pp. 22-24, constataron que en la práctica todos los indultos concedidos entre 2000 y 2008 fueron condicionados; mismos autores, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», p. 49: «*Los casos en que el decreto no la contempla tienen alguna característica especial como la concesión del indulto por algún privilegio de cofradía o el sometimiento a la condición de expulsión del territorio nacional sin posibilidad de regreso durante un plazo determinado*».

JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», pp. 18-19, enumera, sobre este particular, algunas condiciones residuales (carentes de significación estadística): «*expulsión del territorio nacional sin posibilidad de regreso durante un plazo de 10 años; asunción del pago de una indemnización solidaria; continuación con el sometimiento a revisiones médicas periódicas, y obligación de someterse a tratamiento psiquiátrico*».

⁵³¹ Entre los últimos indultos acordados, destaca el RD 377/2017, de 8 de abril, cuya eficacia se condiciona a «*que abone las responsabilidades civiles fijadas en la sentencia en el plazo que determine el Tribunal sentenciador*».

CORTÉS BECHIARELLI, «Pasado, presente y futuro del indulto en España», conferencia celebrada el 9 de mayo de 2013 en el Congreso internacional: Aproximación e integración del Derecho de América Latina a Europa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (Parte II, 1:05-1:20), lo anuda al condicionamiento que a su vez puedan efectuar los afectados por el delito para no oponerse a su concesión si se satisface la responsabilidad civil, cuando se les dé audiencia en el expediente de tramitación del indulto.

DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», pp. 49-50, cifraron en un 6% los indultos concedidos entre 2000 y 2008 que estaban sujetos a la condición de satisfacción de la responsabilidad civil.

⁵³² Como botón de muestra, nos servimos citar: RD 327/2015, de 24 de abril; RD 50/2015, RD 55/2015 y RD 56/2015, de 2 de febrero; o RD 494/2007, de 13 de abril.

DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», p. 49, calcularon que el 12% de los indultos concedidos entre 2000 y 2008 estuvieron sujetos a tal condición.

⁵³³ DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», p. 23, calcularon una duración media de 3,9 años y una mediana de 3, para aquellos indultos concedidos entre 2000 y 2008.

Según cálculos propios, en los indultos concedidos en 2017 (hasta los concedidos en la reunión del Consejo de Ministros de 8 de abril de 2017), la duración media era de 3,3 años y la mediana de 3 años.

⁵³⁴ ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 187-192, que destaca el condicionamiento con un elemento esencial de la particular función política de la clemencia.

⁵³⁵ En los Estados Unidos de América, vid. *Schick v. Reed*, 419 U.S. 256 (1974), de 23 de diciembre de 1974, 266-268, sobre la interpretación de la Sección 2, cláusula 1 de su Constitución, para concluir la posibilidad de: «*attachment of any condition which does not otherwise offend the Constitution*».

BUCHANAN, «The Nature of a Pardon under the United States Constitution», en *Ohio State Law Journal*, vol. 39, núm. 1, 1978, pp. 52-53; NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 111-114.

certain cases, and substituting a lesser punishment in lieu therefore. Con ello se condicionaba el otorgamiento del perdón a que los condenados aceptasen ser transportados a ultramar, mayoritariamente a Australia para colonizar aquellos territorios y para facilitar fuerza del trabajo barato en dichas colonias⁵³⁶. Según dejara apuntado CADALSO, estas prácticas de perdón condicional en relación a las colonias australianas se remontan a 1791⁵³⁷.

Por último, ha de resaltarse que el perdón del ofendido, de carácter personalísimo y de motivación íntima, no puede estar sujeto a fiscalización⁵³⁸ y, por ostentar tal carácter, tampoco puede reputarse vulnerador del principio de igualdad, de la ausencia de no discriminación o someterse a un control de eventual arbitrariedad⁵³⁹. La proscripción de la arbitrariedad es un mandato dirigido a los poderes públicos que en modo alguno afecta a la emisión de un perdón privado, guiado por razones de las que se puede predicar el carácter de íntimas, introspectivas o reservadas. Ello implica la necesidad de admitir los perdones selectivos⁵⁴⁰ –perdón que no abarque a todos los coacusados– aunque puedan estar basados en censurables discriminaciones raciales, por sexo, orientación sexual, religiosas o de cualquier otro tipo⁵⁴¹.

Con la formulación de una definición de indulto particular y después de distinguir dicha figura de la amnistía y del perdón del ofendido, se ha conseguido la delimitación configurativa de la institución. Centrados en el estudio específico de la institución del indulto y a los fines de conocer su conformación actual, ¿cuáles son sus orígenes históricos y cuál la evolución experimentada por ella?

⁵³⁶ ARENAL, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación, Obras completas, tomo 10*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895, pp. 55-56, 107, 172-173; BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, p. 394; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 588-589.

⁵³⁷ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 1.

⁵³⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», p. 705, § 6668.

⁵³⁹ HARRISON, «The equality of mercy», p. 116.

⁵⁴⁰ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, p. 127.

⁵⁴¹ SAP Pontevedra núm. 15/2001, de 18 de mayo: «Doctrina autorizada ha venido manteniendo la posibilidad de ese perdón selectivo sin que ello afecte a la responsabilidad de los demás coacusados que se mantiene en pie e incólume. La propia jurisprudencia así lo ha entendido en antiguos pronunciamientos (SSTS 10-3-1952 y 19-11-1962)». Pronunciamiento al que se refieren expresamente LASCURAÍN SÁNCHEZ/MENDOZA BUERGO/RODRÍGUEZ MOURULLO (Coord.), *Código penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 130.

GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1092.

[3] Origen histórico y evolución de la figura del indulto

El estudio del origen de la figura del indulto posibilita no solo un análisis evolutivo y secuencial sino el de su eventual proyección en el futuro inmediato⁵⁴². Dicho examen proporcionará las claves dinámicas contextuales histórico-filosóficas que permitirán valorar la justificación actual de la institución.

Para ello, se indagará en la génesis de la figura del indulto; se estudiarán sus dinámicas cuando respondían a los dictados propios de quien empuñaba el cetro absolutista; descenderá a los argumentos que, fruto del nacimiento del principio de separación o división de poderes, amanecieron en el siglo XVIII como embriones del cuestionamiento actual del instituto; y, por último, efectuará un profundo análisis del encendido debate histórico-filosófico que, desde aquel siglo, se viene desarrollando. Dado que los argumentos empleados entonces no han sido innovados y las razones manejadas en aquellas discusiones podrían reproducirse en la actualidad, con el análisis y sistematización de este último punto se permitirá conocer las dialécticas y fundamentos que se han venido manejando para proyectarlos en la realidad presente.

Ha de advertirse que en este tramo de la investigación no se efectuará un nuevo estudio primario de la presencia del perdón en cada etapa histórica, puesto que con ello no se haría más que reiterar información ya expuesta en innumerables y excelentes trabajos ya publicados⁵⁴³, lo que reduciría nuestro examen a la reiteración y nada aportaría. Sin embargo, efectuar tal itinerario histórico sistematizado a través de las evidencias ya asentadas, permitirá verificar la existencia de aquella evolución, esencial para el resto de nuestro trabajo.

3.1. La génesis del indulto

El indulto es una institución inveterada, tan antigua como la existencia de la propia sociedad⁵⁴⁴. En su peregrinaje por la historia, tanto dicha figura como la amnistía se han entremezclado entre sí y sus límites configurativos se han difuminado recurrentemente con otras instituciones afines, como integrantes de un supraconcepto en el que se entretrejan medidas de gracia, perdón, clemencia o merced⁵⁴⁵, que SÉNECA pretendió sistematizar ya en el

⁵⁴² ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, pp. 21-22.

⁵⁴³ De entre ellos, GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», pp. 902-904; HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», pp. 687-693, sistematiza la expresión del perdón en el Código de Hammurabi, los Libros Sagrados de la India, el antiguo Egipto, el pueblo judío, Grecia, Roma –incidiendo en la falta de unidad de los autores (vid. nota al pie 554)–, los pueblos bárbaros, la Edad Media y el renacimiento del Derecho romano; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 5-14; MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Ed. Temis, Bogotá, 1991, pp. 300 ss.; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 27-42; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1449-1459; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 577-592; SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», pp. 8-12.

⁵⁴⁴ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 195; SOBREMONTTE MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 4, 15. Recogiendo las palabras de CADALSO, GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 12.

⁵⁴⁵ TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», pp. 478-479.

56 d. C.⁵⁴⁶. Esa labor de clasificación se replicó en la *Séptima Partida* de Alfonso X, *Título 32*, al distinguirse el perdón (Ley 1) de la misericordia, merced y gracia (Ley 3).

En las pautas que el filósofo cordobés, SÉNECA, facilitó al Emperador Nerón define y distingue la clemencia, la misericordia y el perdón: **(i)** Clemencia sería una virtud que debe tener el Príncipe; es templanza del ánimo pudiendo vengarse o moderación del superior con el inferior en señalarle el castigo; es inclinación del ánimo a la piedad en la ejecución del castigo; es la que se dobla y perdona algo de lo que pudiera justamente determinar la justicia⁵⁴⁷. **(ii)** Misericordia es vicio del ánimo menguado, que se deja llevar de la apariencia de los males ajenos, creyendo que suceden a los que no los merecen. No analiza la causa, sino que se focaliza en la desgracia. Misericordia es vecina de la miseria, por la que está influida⁵⁴⁸. **(iii)** Perdón es una remisión de la pena merecida. Se perdona a aquel que debía ser castigado, confesándose que dejó de hacerse algo que se debía⁵⁴⁹. Al contrario que la clemencia –que expresa que no merecían más pena los que se dio por libres–, perdonar es no castigar lo que se juzga como digno de castigo. Por ello, defiende SÉNECA, la clemencia es más poderosa y más justa que el perdón⁵⁵⁰.

Dado que el perdón y el origen de la propia sociedad datan de la misma fecha, la evidencia documental del establecimiento de normas sociales (y de los oportunos castigos ante sus incumplimientos) no puede dissociarse de la introducción en dichos textos de figuras de perdón. Ello explica que el Código de Hammurabi (siglo XVIII a. C.) contuviera una previsión sobre la posibilidad de otorgar un perdón (particular) en relación al adulterio⁵⁵¹ o que en los Libros sagrados de la India se constatare el reflejo escrito de la prerrogativa real para modificar la sentencia dictada por los tribunales⁵⁵².

Esa unión también implica que no sean desconocidos los hitos históricos que, como el de Trasíbulo –el Ateniese–⁵⁵³, sobre las figuras del perdón han sido narrados⁵⁵⁴; y que el perdón

⁵⁴⁶ SÉNECA, *Los dos libros de clemencia, Libro Segundo*, Ed. Luis Sánchez, Madrid, 1626, pp. 63-72.

Para ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena, Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945 en la Universidad de Salamanca*, Imprenta Cervantes, Salamanca, 1944, p. 18, el estoicismo trajo el principio de la clemencia administrada utilitariamente.

⁵⁴⁷ SÉNECA, *Los dos libros de clemencia, Libro Segundo*, pp. 63-64.

⁵⁴⁸ SÉNECA, *ibid.*, pp. 65-70.

⁵⁴⁹ SÉNECA, *ibid.*, p. 71.

⁵⁵⁰ SÉNECA, *ibid.*, p. 72.

⁵⁵¹ Ley 129 del Código de Hammurabi: «*Si la esposa de un hombre es sorprendida acostada con otro varón, que los aten y los tiren al agua; si el marido perdona a su esposa la vida, el rey perdonará también la vida a su súbdito*».

⁵⁵² CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 195-196; GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 902; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 27; MUÑOZ SÁNCHEZ, voz «Indulto», en MASCAREÑAS/PELLISÉ PRATS (Dirs.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XII (preparado por PELLISÉ PRATS), Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1965, p. 384.

⁵⁵³ Sirva de ejemplo Trasíbulo, el Ateniese, y la amnistía decretada en 403 a. C. tras el régimen oligárquico de los treinta tiranos a los que se refería SÉNECA, «De la tranquilidad del ánimo», en *Los siete libros de Séneca*, Ed. Benito Cano, Madrid, 1789, pp. 120-121; CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 140-142; MARTÍNEZ DEL ROMERO (Dir.), *Historia universal antigua y moderna*, tomo IV, Ed. Oficina del Establecimiento Central, Madrid 1842, p. 163: «*Lanzados ya los tiranos, restableció Trasíbulo el antiguo gobierno, rechazó a los lacedemonios, pero aún hizo más para su gloria y el bien de su patria. Abjurando todo sentimiento de odio y venganza, publicó una amnistía, exigiendo de todos los ciudadanos el olvido de lo pasado: y por este medio, digno de su juicio superior, extinguió la antorcha de la discordia y consolidó la felicidad de su país*»; PALAO HERRERO, *El sistema jurídico ático clásico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 154: «*La amnistía fue observada tan rigurosamente que “cuando alguien de los que habían regresado (de El Pireo) empezó a recordar el pasado,*

haya transitado por distintas etapas históricas configuradoras de la civilización occidental (como su discutido empleo en Roma⁵⁵⁵).

También en España se trata de una figura inveterada⁵⁵⁶ que ha sido recogida en todos los textos constitucionales nacionales desde el Estatuto de Bayona de 1808⁵⁵⁷ y en nuestros Códigos Penales desde el decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822⁵⁵⁸, apareciendo por primera vez constancia escrita en el octavo canon del V Concilio de Toledo⁵⁵⁹ (de 664) y en el propio Fuero Juzgo⁵⁶⁰.

(Arquino) lo llevó ante el Consejo (de los quinientos) y consiguió que fuera muerto sin formación de causa... y con la muerte de aquel, nadie jamás después recordó el pasado»; DE PEYRONNET, *Pensées d'un Prisonnier*, pp. 139-140: «Quand Trasybule eut chassé les trente tyrans, il porta une loi que les Athéniens nommèrent d'oubli (amnestia), et qui défendait de troubler qui que ce fût pour ses actions passées. C'est de là que nous est venu l'acte et même le nom».

⁵⁵⁴ Vid. ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 87-91; SCHMITT, «Amnistía es la fuerza de olvidar».

⁵⁵⁵ Como expresión del poder soberano, en Derecho romano –vid. MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Ed. Temis, Bogotá, 1991, pp. 300 ss.– residía en la asamblea del pueblo, los Comicios, quienes decidían si la ejecución de la sentencia quedaba abolida («provocatio ad populum») –durante la República, *restitutio in integrum* y más tarde *restitutio damnatorum*–. Posteriormente pasó a constituirse como atribución del emperador («indulgentia principis» y «abolitio publica») que posteriormente se trasvasó linealmente a la figura del monarca absoluto. Cfr. PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht*, pp. 9-25, sobre la existencia del indulto bajo el Derecho romano tanto en tiempos de la República a través de la *abolitio* (pp. 12-16) y la *indulgentia restitutio* (pp. 16-18) como durante el Imperio (pp. 18 ss.) por medio de la *indulgentia* (pp. 19-21) y la *restitutio* (pp. 21-25); MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 3, 19-20, 46-47, 71; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 5; NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1311-1313, 1316; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 577, 581.

DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales, Nueva edición muy aumentada y rehecha de los Estudios de Derecho penal preventivo, tomo II, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915*, pp. 416-417; mismo autor, voz «Amnistía é indulto», p. 707, destaca la falta de unanimidad respecto a los estudiosos del derecho romano acerca de la presencia de la figura del indulto en su seno. En este último sentido, GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 903; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 28; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, p. 5; o HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», pp. 690-693.

⁵⁵⁶ Cfr. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 56-57, con una recopilación completa sobre antecedentes históricos en el ordenamiento español, desde el s. II a. C.; BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 33-81; BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, pp. 30-39; MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», en *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria)*, Ed. C.P. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 310-313.

⁵⁵⁷ Art. 112 de la Constitución decretada por José Napoleón Bonaparte oída la Junta Nacional en Bayona, y por la que se han de regir los dominios de España é Indias de 6 de julio de 1808 (Gaceta de Madrid núm. 99, 101 y 102, de 27, 29 y 30 de julio de 1808), dispone que el derecho de perdonar «pertenece solamente al Rei» (art. 112 en la Gaceta de Madrid núm. 101, de 29 de julio de 1808, p. 925).

GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 36-57; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 86-107; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 37-42; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1454-1457; REQUEJO PAGÉS, «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», pp. 85-102, con estudio desde la Constitución de Cádiz al entenderla como la etapa originaria del constitucionalismo español (p. 85, nota 12).

⁵⁵⁸ Dentro de su Título preliminar, el Capítulo IX regulaba la rebaja de penas a los delincuentes que se arrepintieran y enmendasen, y de la rehabilitación de los mismos después de cumplir sus condenas y el Capítulo X estaba dedicado a la figura del indulto.

Un examen histórico sobre la figura del indulto en los distintos Códigos Penales, en HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 68-85.

⁵⁵⁹ Canon VIII del Concilio V de Toledo: «De la indulgencia de los príncipes reservada á los culpables. En todas las cosas que hemos establecido reservamos al príncipe la potestad de ser piadoso con las culpas de los

3.2. La raíz divina de la potestad de indultar. La semilla absolutista de la figura

El origen embrionario del indulto procede de la facultad divina de perdonar; de perdonar los pecados⁵⁶¹. Dios establece las reglas, los mandamientos, juzga a los hombres en atención a ellos y, como titular de esa atribución, también perdona al pecador⁵⁶².

Justamente por esta razón y habida cuenta de que ese perdón no solo era la máxima expresión del poder soberano, sino que era un atributo originario de la divinidad⁵⁶³, se asumía también por el Rey absoluto⁵⁶⁴ quien, según la teoría medieval del derecho divino era el vicario de Dios

delincuentes, para que atendida la moderación de la bondad y piedad suya, y la corrección de los culpables, les conceda el perdón de sus yerros».

⁵⁶⁰ Ley XIV «De la mercet de los príncipes contra los culpados» contenida en «*El Primero Titulo ye de la elección de los príncipes, et del insinnamiento como devenit ivlgar derecho, et de la pena de aquellos que ivlgant torto*» del Fuero Juzgo: «*En todos los establecimientos que de suso diciemos, gardamos el poder al príncipe, que segundo sua piedat, et segundo sua bondat, ha allar algunos omnes que se quierant emendar, que aya mercet dellos. Esta lee fo fecha enno quinto concello de Toledo*». También en su Libro VI, Título I, Ley VII: «*VII. De la piedad de los príncipes. Quando á nos ruegan por algún omne que es culpado de algún pecado contra nos, bien queremos oyr á los que nos ruegan, é guardamos por nuestro poder de aver ls mercet. Mas si algún omne fizo algún malfecho contra muerte de rey ó contra la tierra, nos queremos que ninguno nos ruege por ellos. Mas si el princip los quiere aver mercet por su voluntad ó por Dios, fagalo con consejo de los sacerdotes é de los maiores de su corte*».

ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 88-89; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 28-29; HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», pp. 695-702.

⁵⁶¹ En relación a las tres religiones monoteístas principales: en el Corán (Arrepentimiento 9:102); en el judaísmo se celebra el día del Perdón o Yom Kippur –VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, pp. 43-44, 86–; en la Biblia aparecen distintas referencias (por ejemplo, Col., 3:13, 2 Crón., 7:14; Salmos 86:5; o Miq., 7:18). En el budismo se recoge una idea distinta del perdón que no atiende al perdón del otro por lo que éste ha podido cometer, sino como mecanismo interior, de renuncia a la venganza o al resentimiento. En este sentido, DALAI LAMA, *La sabiduría del perdón. El camino de la comprensión y la tolerancia*, Ed. Oniro, Barcelona, 2011, *passim*, (especialmente, p. 4): «*en mi corazón nunca condeno a nadie ni pienso cosas malas sobre ninguna persona*»; CARUS, *The gospel of Buddha, according to old records*, Ed. Omen Press, Tucson, 1972, p. 182: «*And the Blessed One said: "Which is better for you, that you go in search for the thief or for yourselves?" And the youths cried: "In search for ourselves!"*». DERRIDA, «El perdón», pp. 114-117, partiendo de la confirmación de ese origen religioso, apunta a su proceso de mundialización.

Al respecto, BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, pp. 26-30, defiende que la teología de la gracia es una elaboración típica del cristianismo; BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 2-3; DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», pp. 360-361, en el mismo sentido; HUSSAIN/SARAT, «Toward New Theoretical Perspectives on Forgiveness, Mercy, and Clemency: An Introduction», p. 9; KOLNAI, «Forgiveness», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 74, 1973, pp. 91-92; SIMMONDS, «Judgment and mercy», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, pp. 52, 55, 68.

⁵⁶² Cfr. MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 46-47, sobre la legitimidad de la comparativa entre el concepto de gracia teológico y jurídico; FANEGA, «El indulto», p. 95.

⁵⁶³ STC alemán de 23 de abril de 1969.

CLAVERO, «Justicia y gobierno, economía y gracia», en MOYA MORALES/QUESADA DORADOR/TORRES IBÁÑEZ (Eds.), *Real Chancillería de Granada: V Centenario (1505-2005)*, Junta de Andalucía, Granada, 2006, p. 9; BACHOF, «Über Fragwürdigkeiten der Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz», p. 470; DERRIDA, *Perdonar*, pp. 36-37; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 9, 19-22; RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, p. 577; SCHILD, «Strafe – Vergeltung oder Gnade?», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, tomo 99, 1982, pp. 375-377.

⁵⁶⁴ DORADO MONTERO, voz «Amnistía é indulto», p. 708; MEYER, «The Merciful State», p. 64; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 577; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 8-9.

en la tierra⁵⁶⁵ –mientras actuase rectamente– y, con la teoría moderna del derecho divino, es, incluso, imagen viviente de Dios en la tierra, llamado Dios por Dios mismo⁵⁶⁶.

En ese contexto, como dejó apuntado TOMÁS Y VALIENTE⁵⁶⁷, la pena ostentaba principalmente un fin purgativo, basado en la cercanía entre delito y pecado que identificaba al autor del hecho delictivo con un pecador. En el siglo XVI la violación de la ley penal justa ofendía a Dios en todo caso. En consonancia, la pena era un «*castigo merecido por el delincuente y su imposición se adecuaba a los fines de aplacar la "vindicta pública"*». No debe marginarse, tras la superación del Derecho penal privado, la idea original que llegaba a identificar a la justicia como venganza, *vindicta pública*, que podía ejercerse con crueldad y que podía ser suavizada a través de la figura del perdón⁵⁶⁸. Con esos antecedentes e influencias y en atención a la confusión existente entre la impartición de justicia y la toma de venganza, puede afirmarse la existencia, entonces, de un encaje perfecto entre los binomios «delito-pecado», «pena-penitencia», «indulto-perdón».

El indulto queda configurado como una institución propia del absolutismo, ejercida con amplia discrecionalidad⁵⁶⁹. La amnistía, con el mismo origen en los regímenes absolutistas, se escindiría de las competencias reales a mitad del s. XIX⁵⁷⁰.

Especialmente ilustrativo resulta el ATS de 9 de octubre de 2012⁵⁷¹: «*la genealogía del cuestionado instituto del indulto: prerrogativa regia y manifestación de "justicia retenida" en su origen. Herencia del absolutismo, al fin y al cabo, de no fácil encaje, en principio, en un ordenamiento constitucional como el español vigente, presidido por el imperativo de sujeción al derecho de todos los poderes, tanto en el orden procedimental como sustancial de sus actos; y, en consecuencia, por el deber de dar pública cuenta del porqué de los mismos. Un deber especialmente reforzado en su intensidad, cuando se trata de resoluciones jurisdiccionales, más aún si de sentencias de condena; que, paradójicamente,*

⁵⁶⁵ BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 29-30, indica, como muestra, que los indultos del Viernes Santo, para los que históricamente siquiera se formaba expediente, constituían «*la más fiel imagen del poder humano, realizando por delegación intuitiva las facultades de la divinidad*» (p. 29); VILLAR y GARCÍA, *La conveniencia civil y política del indulto, como regalía de la corona*, p. 9: «*el monarca desde su trono representa en la tierra la compasión divina*».

⁵⁶⁶ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 25; HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», pp. 687-688; MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 84.

⁵⁶⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *Comentario a Beccaria, De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1982, 4ª ed., p. 30.

⁵⁶⁸ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 10-13, 15; ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, p. 35, sobre cómo los reformadores demostraron que el exceso de crueldad era tan enemigo de la prevención general como la misma impunidad.

⁵⁶⁹ Esta circunstancia es la que explicará principalmente la raíz de las fricciones de la figura del indulto con el resto del ordenamiento –*vid. capítulo 6. Ámbitos de tensión de la figura del indulto en un Estado de Derecho. Análisis constitucional*–.

LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», pp. 1027-1029, sobre la configuración de la gracia como una antinomia jurídica heredada del Antiguo Régimen dado que el Rey absoluto concentraba todas las funciones públicas del Estado; MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 309: «*El derecho de gracia está indisolublemente unido a las concepciones teocráticas y absolutistas del poder. (...) Juzgaban y condenaban sin garantías y perdonaban a su libre albedrío*»; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2901, recogiendo la expresión de LOZANO CUTANDA; WALDHOFF, «*Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?*», pp. 134, 136-137.

⁵⁷⁰ MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, p. 21.

⁵⁷¹ Citado en sendos votos particulares discrepantes formulados por PICO LORENZO a las sentencias de 30 de enero y 6 de junio de 2014.

pueden luego, como en el caso, hacerse vanas sin que conste ninguna razón estimable, en el ejercicio de una discrecionalidad política, más bien arbitrio, no vinculada e incontrolable, por tanto».

A pesar de que *a priori* y de acoger los parámetros actuales, su empleo se representa como arbitrario, el ejercicio del perdón por parte del monarca absoluto no es alógico, sino que responde al entendimiento propio de su figura y a las funciones que, como apunta HESPANHA, la doctrina del gobierno atribuiría a la clemencia y la doctrina de la justicia a la equidad⁵⁷².

Por una parte, el Rey habría de mantener el orden en su casa, cual padre de familia⁵⁷³, cual pastor de su rebaño⁵⁷⁴. En esa labor que suponía un elemento legitimador de su poder⁵⁷⁵, el monarca absoluto, cual *pater*⁵⁷⁶, debía responder ante su moral y su conciencia⁵⁷⁷.

Dicha disciplina no siempre había de ser alcanzada a través de la imposición de castigos, que también⁵⁷⁸, sino que se concedía un margen para que el Rey no los ejecutara, demostrando benevolencia con sus súbditos⁵⁷⁹. En este contexto, cobraría sentido que la «gracia» se

⁵⁷² HESPANHA, «Da “iustitia” à “disciplina”. Textos, poder e política penal no Antigo Regime», en Anuario de historia del derecho español, núm. 57, 1987, p. 522.

⁵⁷³ Ley II del Título X de la Segunda Partida de Alfonso X, sobre «cómo el rey debe amar, et honrar et guardar su pueblo»: «*Amado debe seer mucho el pueblo de su rey, et señaladamente les debe mostrar amor en tres maneras; la primera habiendo merced dellos faciéndoles bien quando entendiere que lo han meester: ca pues que él es alma et vida del pueblo, asi como dixieron los sabios, muy aguisada cosa es que haya merced dellos como de aquellos que esperan venir por él, seyendo mantenidos con justicia; la segunda habiéndoles piedat et doliéndose dellos quando les hobiese á dar alguna pena con derecho: ca pues que él es cabeza de todos, dolerse debe del mal que rescibieren, asi como de sus miembros; et quando desta guisa ficiere contra ellos seerles ha como padre que cria á sus fijos con amor, et los castiga con piedat, asi como dixieron los sabios; la tercera habiéndoles misericordia para perdonarles á las vegadas la pena que merecieren por algunos yerros que hobiesen fecho; ca como quier que la justicia es buena cosa en si, et de que debe el rey usar siempre, con todo eso fácese muy cruel quando á las vegadas no es temprada con misericordia: et por eso la loaron mucho los sabios antiguos et los santos, et señaladamente dixo el rey David en esta razon que estonce es el regno bien mantenido quando la misericordia et la verdat se fallan en uno, et la paz et la justicia se besan. (...) Onde el rey que honrare, et amare et guardare á su pueblo asi como sobredicho es, será amado, et servido et temido dellos, et terná verdaderamente el logar en que Dios lo puso, et tenerlo han por bueno en este mundo, et ganará por ende el bien del otro siglo para siempre: et el que de otra guisa lo feciese, darle hie Dios por pena todo el contrario desto».*

MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», en Prohistoria, año V, núm. 5, 2001, pp. 59, 72: «*A través del perdón o la gracia, la Corona hacía visible que su mano rectora era guiada de forma paternalista, como la del padre de familia dentro de la casa*» (p. 59).

⁵⁷⁴ HESPANHA, «Da “iustitia” à “disciplina”», p. 522, sobre la clemencia como esencial cualidad del Rey, representando a éste como pastor, padre de los súbditos, quien debía mejor hacerse amar que temer.

⁵⁷⁵ HESPANHA, «Da “iustitia” à “disciplina”», p. 525.

⁵⁷⁶ HESPANHA, *ibid.*, pp. 526-527, nota 48.

⁵⁷⁷ RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 598.

⁵⁷⁸ HESPANHA, «Da “iustitia” à “disciplina”», pp. 522, 525-526: «*justamente porque um dos deveres do pastor e, tambem, perseguir os lobos*» (p. 522); «*Pelos expedientes de graça realizava-se o outro aspecto de inculcação ideológica da ordem real. Se, ao ameaçar punir (mas punindo, efectivamente, muito pouco), o rei se afirmava como justiceiro, dando realização a um tópico ideológico essencial no sistema medieval e moderno de legitimação do poder, ao perdoar, ele cumpria um outro traço da sua imagem –deste vez como pastor e como pai–, essencial também à legitimação. A mesma mão que ameaçava com castigos impiedosos, prodigalizava, chegado o momento, as medidas de graça. Por esta dialéctica do terror e da clemência, o rei constituía-se, ao mesmo tempo, em senhor da Justiça e mediador da Graça. Se investia no temor, não investia menos no amor. Tal como Deus, ele desdobrava-se na figura do Pai justiceiro e do Filho doce e amável*» (p. 525).

⁵⁷⁹ HESPANHA, *ibid.*, p. 522: «*estabelecia-se como regra de ouro que, ainda mais frequentemente do que punir, devia o rei ignorar e perdoar (...), não seguindo pontualmente o rigor do direito*»; MANTECÓN

considerase en cuanto cualidad benévola favorable de aquel quien la ejercía, en cuanto a virtud⁵⁸⁰ que se proyectaba y representaba para los súbditos⁵⁸¹. Así quedaba recogido en la introducción del Título XXIV de la *Tercera Partida* de Alfonso X: «*Merced et juicio son dos cosas granadas que señaladamente debe haber todo home en sí, et mayormente los reyes et los grandes señores obrando por cada una dellas asi como conviene*».

Ese ejercicio de magnanimidad serviría, a la postre, como un mecanismo de control social⁵⁸² –un instrumento político– en un entorno caracterizado por una legislación a todas luces imperfecta⁵⁸³ en la que el Rey debía alcanzar una solución equitativa para cada caso, en cuanto Juez Supremo⁵⁸⁴. La medieval dimensión sacra de la figura del Rey, reconocido como titular del poder político, se proyectaba en aquellas funciones que a él se asignaban. De entre ellas, destaca la realización de la justicia que se configuraba no como resultado de la acción humana, sino como una creación divina que el monarca había de aplicar y conservar⁵⁸⁵.

La concepción que se asumía entonces de la justicia se regía por la concepción ya acuñada por Ulpiano en el *Digesto*⁵⁸⁶, concentrándose en dar a cada uno lo que le fuera debido, lo que mereciera, para mantener y asegurar ese natural orden al que pertenecían cosas, animales y hombres⁵⁸⁷.

Siendo el Rey el representante de Dios o Dios mismo⁵⁸⁸, igual que dictaba las leyes, juzgaba y condenaba o absolvía, recibía esa atribución de perdonar⁵⁸⁹ como indelegable⁵⁹⁰ (si bien podía

MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», p. 62: «*tanto cuando castigaba como cuando se mostraba clemente, el soberano proyectaba una imagen paternalista, como si se tratara de un padre que educara a sus hijos. Sus correcciones paternas, los castigos e indultos debían tener el efecto de suprimir e inhibir que se manifestaran las malas costumbres*»; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 575, 580-581, 593; TOMÁS Y VALIENTE, «La gracia y la justicia».

⁵⁸⁰ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 2.

GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, Ed. Béchet, París, 1822, 2ª ed., p. 166, defendía que entenderlo únicamente como tal virtud, destinada a hacer brillar la bondad personal y bendecir el nombre del Príncipe, es una lectura muy limitada, pues ha de asumirse como instrumento de gobierno.

⁵⁸¹ HESPANHA, «Da “iustitia” à “disciplina”», p. 525, destaca que cuando se amenazaba con punir, el Rey se afirmaba como justiciero; y al perdonar, representaba el papel de pastor y padre.

⁵⁸² MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», p. 79: «*Desde el punto de vista del control social el indulto podía ser un instrumento tan efectivo como el castigo*».

⁵⁸³ MANTECÓN MOVELLÁN, *ibid.*, p. 62.

⁵⁸⁴ HESPANHA, «Da “iustitia” à “disciplina”», p. 523; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 576, 578-581, 593-597.

⁵⁸⁵ VALLEJO, «El príncipe ante el derecho en la cultura del *ius commune*», en LORENTE/VALLEJO (Coords.), *Manual de historia del Derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 145, 152-153.

⁵⁸⁶ *Digesto* 1, 1, 10: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*».

⁵⁸⁷ CLAVERO, «Justicia y gobierno, economía y gracia», pp. 5, 9; MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», p. 78; TOMÁS Y VALIENTE, «Delincuentes y pecadores», en TOMÁS Y VALIENTE/CLAVERO/BERMEJO y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Ed. Alianza Editorial, 1990, pp. 22-30, sobre la plaga de langostas que asedió Párraces en 1650; mismo autor, «La gracia y la justicia».

⁵⁸⁸ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 31.

⁵⁸⁹ Así lo explica IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, p. 472, citando las previsiones de la Lex Valeria que lo permitían.

Cfr. SÉNECA, *Los dos libros de clemencia, Libro Primero*, pp. 16-19, 47 sobre la equivalencia de la figura del Príncipe romano y los Dioses a la hora de impartir clemencia. ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», pp. 12-13, matiza que el monarca absoluto perdonaba como pontífice.

⁵⁹⁰ RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 597-598.

conferir el ejercicio de la función en su Consejo de Cámara, siempre que éste la ejerciera en nombre del Rey⁵⁹¹): asumía las dos caras de la moneda⁵⁹². Concentraba el poder tanto para imponer castigos –incluso para endurecerlos a su antojo⁵⁹³–, como para deshacer su imposición y exonerar de su exigencia⁵⁹⁴. Su actuación se movía bajo la máxima *princeps legibus solutus est*⁵⁹⁵, llegando a poder desligarse de las constricciones legales⁵⁹⁶.

El trasvase descrito a la institución real se basa en que es en la figura de ese monarca absoluto en la que coincide quien dicta las leyes y quien es encargado de aplicarlas⁵⁹⁷ (al igual que Dios advertía de los pecados y podía perdonar su comisión). Por tanto, en quien tenía el poder soberano de establecer las normas residía también el poder para otorgar el perdón, en aquellos casos en que aquél decidía⁵⁹⁸.

⁵⁹¹ BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», p. 20, advertía que, en estos supuestos, el derecho de gracia se representaba como: «*el poder del delegante para revisar los juicios del delegado*»; TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», p. 479; RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», en GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (Dir.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, Ed. Schwartz, Göttingen, 1975, pp. 31-32.

FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 586-587, 661 (nota 205), sobre la reapropiación de la jurisdicción por parte del Rey en Francia, a través de formas de *justice retenue*, que se expresaron por medio de delegaciones comisariales.

⁵⁹² AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 911; DORNE/GEWERTH, «Mercy in a climate of retributive justice: Interpretations from a national survey of executive clemency procedures», en *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 25, 1999, p. 417; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 29-30; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1469; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 36-37; NIEVA FENOLL, «Proceso penal y delitos de corrupción (Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal)», en *Indret*, núm. 2, marzo de 2013, p. 18; PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht*, pp. 40-41; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 579; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 9; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 5-6; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», p. 1; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 433: «*En las épocas en que los monarcas reunían en sí, por derecho divino, la autoridad legislativa y judicial, debía parecer enteramente ajustado al principio que servía de fundamento a la autoridad suprema, el que, así como dictaban las leyes, las dejasen sin efecto, y, así como las aplicaban a los juicios criminales, anulasen la sentencia dictada. Nada de violento hay en que quien hizo la ley, la derogue, la sustituya por otra, ó suspenda sus efectos por más ó por menos tiempo, y en que quien dictó la sentencia, la reforme*»; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 64.

⁵⁹³ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 4-5; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 37-38, aporta el ejemplo del proceso contra Hans Hermann von Katte quien fue condenado a prisión por deserción al idear una fuga con el príncipe Federico II el Grande. Sin embargo, fue ejecutado el 6 de noviembre de 1730, por orden del Rey Federico Guillermo I de Prusia, quien no había quedado satisfecho con la sentencia de prisión dictada.

⁵⁹⁴ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 50, apunta a que en la actualidad y a diferencia de los regímenes absolutos, de la legitimidad del poder no se deriva automáticamente la contraria: la legitimidad para exonerar.

⁵⁹⁵ Digesto 1, 3, 31.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas»; TOMÁS Y VALIENTE, «La gracia y la justicia»; VALLEJO, «El príncipe ante el derecho en la cultura del *ius commune*», p. 161.

⁵⁹⁶ VALLEJO, «El príncipe ante el derecho en la cultura del *ius commune*», p. 172.

⁵⁹⁷ VALLEJO, *ibid.*, p. 177: «*Juez y legislador, soberano absoluto y padre de sus súbditos, tocado por la gracia divina y distribuidor de gracia en el reino, (...) era centro de todo un universo jurisdiccional y corporativo que no perdía diversidad ni complejidad bajo esa única cabeza*».

⁵⁹⁸ MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», p. 57: «*Esa era una potestad exclusiva del monarca y, de este modo, la gracia también se convertía en un instrumento político*».

De esta forma se configuraba la «hermosa prerrogativa de la soberanía: la de perdonar»⁵⁹⁹. Dicha facultad estaba basada en la máxima entonces vigente de «quien hace la ley bien puede perdonar su aplicación»⁶⁰⁰. Lógicamente si se ostenta la facultad de impartir justicia (y, por ende, de decidir las leyes y condenar conforme a ellas⁶⁰¹), nada obstaba para que fuera ejercido igualmente su reverso: la facultad de perdonar⁶⁰².

Es ese germen radicado en la duplicidad de funciones, la de juzgar y la correlativa de levantar el castigo, la que serviría de apoyo para aquellos que señalan que la competencia para decidir sobre el indulto debería residir, entonces, en el órgano que actualmente asume la función de juzgar: el poder judicial⁶⁰³.

Para otorgar el perdón, como instrumento para la realización de la equidad, debía concurrir una justa causa. Si bien, como destaca HESPANHA⁶⁰⁴, era considerada justa y magna causa la mera voluntad del monarca. De ello fácilmente se deduce y explica una de las causas por las que se tacha de arbitrario el ejercicio de los otorgamientos en el Antiguo Régimen.

En ocasiones, esa voluntad se inclinaba o era influenciada a cambio de recibir un provecho económico⁶⁰⁵. Desde entonces, esta costumbre perduró en el tiempo⁶⁰⁶ y no se limitó a una práctica exclusiva de España⁶⁰⁷. De hecho, en los tiempos actuales no han sido

⁵⁹⁹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, 1748, en Ed. Istmo, Madrid, 2002, p. 120: «En estos mismos Estados, el príncipe se adjudica con frecuencia las confiscaciones: si juzgase los delitos, sería también juez y parte. Además, perdería el más bello atributo de su soberanía, que es el de perdonar; sería una insensatez que hiciera y deshiciera sus propios juicios y le repugnaría contradecirse él mismo. Sin contar con que eso perturbaría todas las ideas, al no poderse saber si un hombre era absuelto u obtenía la gracia del perdón». ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 22: «La más hermosa de las prerrogativas lleva consigo la más abrumadora de las responsabilidades y el más terribles de los desconsuelos».

⁶⁰⁰ TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», p. 480.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 15-19.

⁶⁰¹ Digesto 1, 4, 1: «*Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote quum lege Regia, quae de imperio eius lata est, populis ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*».

⁶⁰² En este sentido se pronuncia el preámbulo del RD de 7 de diciembre de 1866 (Gaceta de Madrid núm. 345, de 11 de diciembre de 1866): «*Donde la sola palabra del Soberano era en sus casos ley, sentencia y perdón, este poder incontrastable subordinaba así toda teoría preconcebida y formulada*».

QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 828; DORADO MONTERO, voz «Amnistía é indulto», p. 715.

⁶⁰³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1469; STATMAN, «Doing without mercy», pp. 335-336, identifica la raíz, cuestionando la propuesta.

⁶⁰⁴ HESPANHA, «Da “iustitia” à “disciplina”», p. 523.

⁶⁰⁵ CLAVERO, «Justicia y gobierno, economía y gracia», pp. 9-10; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1453-1454; MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», pp. 480, 483, distingue en este punto el régimen de los indultos generales («de gracia») y los indultos particulares que podían ser concedidos «de gracia», pero también «de limosna» o «al sacar»: «*indicándose que para obtenerlo el reo hacía de depositar en la Tesorería de la Cámara real una cierta suma de dinero. Esta variaba y era mayor cuando había habido contradicción Fiscal o cuando el reo tenía hacienda conocida, y era también proporcional a la gravedad del delito*» (p. 483). MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, p. 10; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 9-10.

⁶⁰⁶ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 164-166.

⁶⁰⁷ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 114-117, 128,133; BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 7; HELD, «Gnade und Recht», p. 414: «*“Richten nach Gnade” führte jedoch vielfach zu Willkür, Mißbrauch und Bestechung*»; CLARK, *Thoughts on penitentiaries and prison discipline*, Ed. Clark & Raser, Filadelfia, 1831, p. 68: «*It is obvious that the grant of pardon does not depend on the degree of guilt, but on the pecuniary means of the convict to hire the members of this corps. A person convicted of*

aislados los casos en los que se ha conseguido descubrir, aprovechando las circunstancias de su otorgamiento, negocios de venta de indultos⁶⁰⁸.

Para mantener ese orden doméstico y al margen de la impartición de justicia, el Rey también podía acudir a la figura del perdón, en una segunda vertiente, para conseguir que sus vasallos pudieran prestar servicios efectivos a la corona (por ejemplo, engrosando las filas de su ejército o mandados a galeras)⁶⁰⁹.

Adicionalmente, el perdón servía para una función que, aun vinculada con el mantenimiento del control social, se relacionaría con la propia legitimación de la figura del monarca absoluto, como instrumento de afirmación del poder real de carácter ideológico y simbólico⁶¹⁰. La gracia, como apuntó DUBOIS, tendría su fuente purísima en los sentimientos de piedad que ennoblecían el principio del poder y de autoridad⁶¹¹. Por ello y a pesar de no ser siempre un atributo loado al representar flaquezas o debilidades⁶¹², la clemencia merecía ser cultivada por el monarca, tal y como defendía SÉNECA⁶¹³.

Dado el esencial componente visual de las decisiones que aquél adoptaba –cuya máxima se representaba en el dictado de la sentencia a pena capital en audiencia pública, ejemplarizante, y su forma de ejecución si finalmente era materializada como muestra del vigor de la justicia del Rey⁶¹⁴– y la relevancia de la carga simbólica que su poder necesitaba para legitimarse⁶¹⁵, se empleaba la apariencia clemente de su figura, el uso del perdón, como instrumento de

murder in the second degree, attended with the most aggravating circumstances, who has powerful friends, or is plentifully supplied with money, has tenfold more chance of pardon, than a poor wretch found guilty of petty larceny».

⁶⁰⁸ BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 499, 522; BROWN, «The quality of mercy», p. 329; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 573, nota 21, 588, 607; mismo autor, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», p. 47; MEYER, «The Merciful State», p. 98; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 18-19, 63, 202-203, misma autora, «Pardon for good and sufficient reasons», p. 282; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», p. 1517; SARAT, *Mercy on trial*, p. 34.

⁶⁰⁹ Esta utilización queda plasmada en las Leyes XLIX y LI del Título XVIII de la Tercera Partida de Alfonso X el Sabio o en la Ley IV del Título XLII del Libro XII de la Novísima Recopilación, sobre la inteligencia de los privilegios otorgados sobre el perdón de sus delitos a los reos que sirvieren en algunos lugares por cierto tiempo, aprobada por los Reyes Católicos en 1480.

MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», pp. 62, 71-72, 75, narra, a modo de ejemplo, la historia de quien en 1775 consiguió la conmutación de la pena capital por servicios vitalicios en la armada.

⁶¹⁰ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas»; HESPANHA, «Da “iustitia” à “disciplina”», pp. 525-526; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 578.

⁶¹¹ DUBOIS, «Los abusos de la gracia», p. 309.

⁶¹² MILL, *Sobre la libertad*, p. 88, sobre Marco Aurelio.

⁶¹³ SÉNECA, *Los dos libros de clemencia, Libro Primero*, pp. 6-43, sobre la necesidad de cultivar la clemencia por parte del príncipe romano, a los fines de unir y fortalecer la República (p. 10); SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, p. 8.

⁶¹⁴ ANCEL, *Suspended sentence: a report presented by the Department of Criminal Science of the Institute of Comparative Law, University of Paris*, Ed. Heinemann, Londres, 1971, pp. 5-6; MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», pp. 58-59, 61: «Al proclamar ese tipo de castigo en la audiencia pública ya se lograban ciertos efectos disuasivos de posibles futuros crímenes. No era necesario, sin embargo, que cada una de esas sentencias fuera realmente ejecutada para comprobar el rigor de la justicia del rey. Algunas debían practicarse para hacer ver que la vara de la justicia se podía aplicar con gran aspereza; sin embargo, el rey también podía mostrarse clemente».

⁶¹⁵ MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», p. 56.

legitimación. Ello, a los fines de mantener a sus súbditos unidos y consagrados a la imagen de su Rey⁶¹⁶.

Las decisiones de indulto no estaban centradas, en este punto, tanto en las circunstancias que rodeasen al sujeto beneficiado, como en reforzar la imagen del monarca ante sus súbditos⁶¹⁷, al proyectarse como un gobernante paternalista⁶¹⁸. La disciplina del Rey se constituía como una función política (más allá de la disciplina social) en defensa de la supremacía simbólica de su figura. De tal forma que la actuación del Rey bastaba con interferir lo suficiente como para recordar a sus súbditos que devolvía los equilibrios necesarios para mantener el orden social y para mantener la carga simbólica necesaria para la legitimación de su poder, asegurándose como centro único de poder. En este sentido y como advierte HESPANHA, la gracia figuraría como una de las opciones de entre los múltiples mecanismos de intervención de los que, para este fin, disponía el monarca⁶¹⁹.

De esta forma, como dejara apuntado HEGEL⁶²⁰, el indulto se instauraría originariamente como prerrogativa regia y manifestación de esa justicia retenida⁶²¹. Se trataría de una prerrogativa en el sentido del término defendido por LOCKE; como un poder de actuar de acuerdo a la discreción para el bien público, sin las prescripciones de la ley y, a veces, incluso en contra de ellas⁶²².

Prerrogativa lockiana que permitía solventar los daños que una observancia estricta y rígida de la ley pudiera ocasionar. Este sería el caso de un hombre que hubiera de quedar comprendido en el ámbito subjetivo de la aplicación de una norma (que no efectúa

⁶¹⁶ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, p. 391.

⁶¹⁷ BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», pp. 807, 836-837, traslada esta idea hasta la actualidad: «*clemency is thus a uniquely powerful weapon in the President's toolkit for making sure that enforcement reflects his or her priorities and values*».

⁶¹⁸ MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», p. 78.

⁶¹⁹ HESPANHA, «Da "iustitia" à "disciplina"», pp. 525-527. También en RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 576, 592.

⁶²⁰ HEGEL, *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nicolaischen Buchhandlung, Berlín, 1821, pp. 293-294, § 282: «*Aus der Souveränität des Monarchen fließt das Begnadigungs-Recht der Verbrecher, denn ihr nur kommt die Verwirklichung der Macht des Geistes zu, das Geschehene ungeschehen zu machen und im Vergeben und Vergessen das Verbrechen zu vernichten. Das Begnadigungsrecht ist eine der höchsten Anerkennungen der Majestät des Geistes. – Dieß Recht gehört übrigens zu den Anwendungen oder Reflexen der Bestimmungen der höheren Sphäre auf eine vorhergehende. (...). –Zu solchen Anwendungen gehört auch, daß die Verletzungen des Staats überhaupt, oder der Souveränität, Majestät und der Persönlichkeit des Fürsten, unter den Begriff des Verbrechens, der früher (...) vorgekommen ist, subsumiert, und zwar als die höchsten Verbrechen, die besondere Verfahrensart u.s.f. bestimmt werden*».

⁶²¹ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 27 destaca cómo la gracia se entiende como un componente de justicia retenida frente a la justicia delegada del monarca en los jueces; SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», pp. 101-102; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 28-34.

⁶²² LOCKE, *The works of John Locke*, vol. V, Ed. Thomas Davison-Whitefriars, Londres, 1823, p. 435, § 160: «*This power to act according to discretion for the public good, without the prescription of the law, and sometimes even against it, is that which is called prerogative: for since in some governments the law-making power is not always in being, and is usually too numerous, and so too slow for the despatch requisite to execution; and because also it is impossible to foresee, and so by laws to provide for all accidents and necessities that may concern the public, or to make such laws as will do no harm, if they are executed with an inflexible rigour on all occasions, and upon all persons that may come in their way; therefore there is a latitude left to the executive power, to do many things of choice with the laws do not prescribe*».

distinciones entre personas) por un acto que debería ser merecedor de recompensa y perdón. Por ello, según LOCKE, debía permitirse que se mitigase la severidad de la ley y se perdonase a algunos delincuentes en muchos casos. Siendo el fin del gobierno la preservación de todos, tanto se pudiera, aun los culpables podían ser perdonados, cuando quedara probada la indemnidad del inocente⁶²³.

El elevado grado de discrecionalidad con que resolvía el otorgante un indulto y la influencia, en ocasiones, de la religión, la superstición o la magia⁶²⁴, transformaban las decisiones alcanzadas en caprichosas, de juzgarse con los parámetros actuales. No fue extraño que como motivo de concesión de un indulto y para no contrariar las señales recibidas, se apuntara al hecho de que una mujer quisiera contraer matrimonio con el condenado, que éste aceptara el bautismo, que hubiera sido capaz de huir exitosamente del lugar donde estaba recluso o que la soga con que debía ser ahorcado se rompiera⁶²⁵.

A pesar de que se llegase a afirmar que la potestad del monarca era ilimitada y no entendía de restricciones, esa idea debería quedar, al menos en el plano teórico, superada, tal y como propuso MARQUINA y KINDELAN⁶²⁶.

Las limitaciones que podían restringir su amplia facultad podían referirse a distintos aspectos⁶²⁷: (i) al tipo de delito cometido⁶²⁸ o a su sujeto pasivo⁶²⁹ (por ejemplo, como

⁶²³ LOCKE, *The works of John Locke*, pp. 434-435, § 159: «That, as much as may be, all the members of the society are to be preserved: for since many accidents may happen, wherein a strict and rigid observation of the laws may do harm; (as not to pull down an innocent man's house to stop the fire, when the next to it is burning) and a man may come sometimes within the reach of the law, which makes no distinction of persons, by an action that may deserve reward and pardon; it is fit the ruler should have a power, in many cases, to mitigate the severity of the law, and pardon some offenders: for the end of government being the preservation of all, as much as may be, even the guilty are to be spared, where it can prove no prejudice to the innocent».

⁶²⁴ HELD, «Gnade und Recht», en BÖTTGER/HÜLCK/JÄHNKE, *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, Ed. De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1996, p. 414 relaciona ese tipo de motivaciones (tales como la rotura de la soga o de la horca) con una suerte de función mágica de la pena, en virtud de la cual solo la divinidad podía otorgar el perdón; KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 585; MARKEL, «Against mercy», p. 1438; WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 145, 147.

⁶²⁵ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 2-3; BROWN, «The quality of mercy», p. 329; KEATING, «Executive clemency: an ancient power and a modern solution», p. 12; PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht*, pp. 3-4, 34-38; BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, p. 36; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 73; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, p. 8; SCHILD, «Strafe – Vergeltung oder Gnade?», pp. 375-377.

⁶²⁶ MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 6, 8-9, 10-11, 13, 20: «[la prerrogativa de indulto] no era –por lo menos en España–, en la época de la Monarquía absoluta, tan discrecional y arbitraria como generalmente se cree». También MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 17; DE URBANO CASTRILLO en MALUENDA MARTÍNEZ/DE URBANO CASTRILLO, «El indulto: la cara y la cruz», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 856/2013, 31 de enero de 2013.

⁶²⁷ En el Título XXIV de la Tercera Partida de Alfonso X se encuentran distintos límites al ejercicio de la merced; también en el Título XLII del Libro XII de la Novísima Recopilación.

Cfr. ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 280- 283, sobre estudio histórico de las limitaciones en Derecho comparado; CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 196-198; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 29-34; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 13.

⁶²⁸ Por ejemplo, la Ley IV del Título XXIV de la Tercera Partida de Alfonso X dispone la prohibición de su concesión cuando se trate de traición y delitos alevosos.

GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, p. 275.

⁶²⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, voz «Indulto», pp. 384-385; SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», p. 9.

defendió BODIN, a aquellas ofensas contra las leyes de Dios⁶³⁰ o las leyes de la naturaleza⁶³¹); (ii) al tipo de consecuencias que llevaban aparejadas dichas penas⁶³² (en ocasiones, para no perder contribuciones físicas proporcionadas gratuitamente por los presos⁶³³); o (iii) a la forma en que debían ser concedidos –donde el perdón del ofendido podía constituirse como requisito esencial–⁶³⁴.

Pero constatada la presencia de dichos límites, no es menos cierto que la concentración del *ius puniendi* en el monarca –en fragmentos históricos, de forma solapada a la etapa feudal⁶³⁵–, dejaba amplio margen a excepciones y renunciaciones más o menos discrecionales⁶³⁶, en las que ocasionalmente intervenía la institución eclesial⁶³⁷. Dichas salvedades terminarían por remachar la nota de arbitrariedad que rodea a la práctica del perdón en los tiempos de la monarquía absoluta.

En conclusión, puede afirmarse que durante el Antiguo Régimen se verificó una metamorfosis sufrida por la clemencia. Desde una facultad divina se convirtió en atributo propio de la realeza⁶³⁸. Su ejercicio respondió a razones que, si bien no son alógicas al responder a fundamentos absolutistas de concentración de poder en el monarca, friccionarían de pretender su traslado o acogida en un Estado de Derecho.

3.3. La *trias política* como inicio de cuestionamiento de la institución del indulto en el siglo XVIII

La estructura descrita comienza a quebrarse cuando la justicia no es impartida exclusivamente por el Rey o en representación del monarca, cuando éste no personaliza en exclusiva la soberanía, sino cuando, en pleno apogeo del movimiento ilustrado, se defiende la exigencia

⁶³⁰ BODIN, *Les six livres de la République*, Imprinta Jacques du Puys-Libraire iuré-à la Samaritaine, París, 1578, 3ª ed. revisión de la obra publicada en 1576, p. 175.

⁶³¹ SÉNECA, *Los dos libros de clemencia, Libro Primero*, p. 43.

⁶³² TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», p. 481.

⁶³³ Vid. apartado 4.4.6.1. *El indulto por razones militares*.

⁶³⁴ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 198; MUÑOZ SÁNCHEZ, voz «Indulto», p. 385; y anteriormente DORADO MONTERO, voz «Amnistía é indulto», p. 716.

⁶³⁵ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 7-8; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 13; GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 903; HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», p. 693; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 29; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 20-21; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 6, 9-10; MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 309; SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», p. 9; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 9-11; DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, pp. 402-403, 418: «Durante el sistema feudal y municipal, el derecho de gracia se fraccionó, correspondiendo a los señores feudales y a los municipios y concejos, habiéndose prolongado este derecho, como el de jurisdicción o administración de justicia, hasta época bien adelantada». Ello justifica la cita que dicho autor realiza al duque Pedro Leopoldo de Toscana (pp. 402-403).

⁶³⁶ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 10.

⁶³⁷ MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 3; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 594; SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», p. 10; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 8-9, a través del derecho de intercesión, aplicable también al asilo.

⁶³⁸ MOORE, K. D., «Pardon for good and sufficient reasons», p. 282; PICOT, «Rapport sur le droit de grâce dans ses rapports avec la science pénitentiaire», p. 918. Vid., crítico, HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», en *Der Staat*, núm. 29, 1990, pp. 118-120, destacando como contraargumentos el componente sacral y personal de la figura que la convierte en un anacronismo, y la neutralidad religiosa e ideológica con la que el instituto del indulto ha de enfrentarse.

del establecimiento de la *trias política* o el principio de separación o división de poderes⁶³⁹. En dicha etapa, deja de centralizarse la soberanía en la persona del Rey, con una posición de juez y parte.

Dicha fractura no supuso obstáculo alguno para que, de facto y normativamente, los distintos Estados hicieran residir simbólicamente la potestad de indultar en la figura sucesora de aquel monarca absoluto⁶⁴⁰: lo será la figura del Rey en los regímenes dinásticos, también el Rey en las monarquías parlamentarias y el Presidente en aquellos países que adopten la forma de república⁶⁴¹. Sin embargo, ha de advertirse que la naturaleza jurídica de la institución mutaría desde su empleo en el seno del Antiguo Régimen por un monarca absoluto a su utilización en un Estado constitucional y democrático de Derecho (con independencia de la organización de éste).

Si en la monarquía absoluta el indulto se había otorgado como atributo a quien ostentaba el máximo poder, la soberanía, al Jefe del Estado, la pregunta obligada entonces tras asumir el principio de separación o división de poderes sería: en un Estado en el que dicha soberanía es ejercida por el pueblo a través del Parlamento⁶⁴², ¿no sería entonces a este órgano, en cuanto sucesor de la figura real, a quien debiera corresponderle el ejercicio del indulto y no al poder ejecutivo?⁶⁴³

MONTESQUIEU, propulsor de aquella teoría delimitadora de los poderes, quien nunca se encontró entre los grandes detractores de las medidas de gracia⁶⁴⁴, distingue entre tres tipos de gobiernos y la severidad de las penas que conlleva cada uno de ellos: **(i)** el gobierno despótico utiliza como resorte de cumplimiento la severidad de las penas; **(ii)** la monarquía, el honor; y **(iii)** la república, la virtud⁶⁴⁵. Respecto de estas dos últimas opciones, ya que la

⁶³⁹ SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 434: «Desde esa época el derecho de gracia sufre una transformación innegable. Perdiendo su carácter de derecho majestático, y de obra de beneficencia y misericordia, intenta convertirse –aunque tal vez sin conseguirlo– en una institución de derecho, que ejerce una función complementaria de la judicial».

⁶⁴⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp.1434, 1459; SEBBA, «The pardoning power – A world survey», pp. 111-113, destaca dicho proceso, apuntando alguna residual excepción (por ejemplo, la asignación en cuerpos colectivos –p. 112–).

⁶⁴¹ ANCEL, *Capital Punishment*, pp. 26-27; HAASE, «"Oh my darling clemency": Existing or possible limitations on the use of the presidential pardon power», en *American Criminal Law Review*, vol. 39, núm. 3, verano de 2002, pp. 1290-1291, sobre el trasvase en Estados Unidos de América de la tradición de la monarquía británica; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», p. 2; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 218.

KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 17, puntualiza que ello no implica que la concesión del indulto se deba fundamentar en la generosidad, el amor o la bondad, virtudes que debían cultivar los monarcas absolutos.

FIELDING, *An enquiry into the causes of the late increase of robbers, with some proposals for remedying this growing evil*, Ed. Millar, Londres, 1751, 2ª ed., p. 182, en sentido contrario, defendiendo que el poder de perdonar es inexistente en las repúblicas; WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 144, 163, 181, a este respecto, señala cómo los filósofos continentales analizan el perdón: «as "monarchical", and so inconsistent with republican values» (pp. 144, 163). Por su parte, BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, p. 390, constriñe su uso, ventajoso, a las monarquías.

⁶⁴² KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 56, 61, 106.

⁶⁴³ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 129-134, 255-257; FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos graciabiles», p. 195; GUZMÁN ERRÁZURIZ, «Indulto presidencial y terrorismo», pp. 285-286, 279, 288.

⁶⁴⁴ SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», p. 2.

⁶⁴⁵ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, p. 169.

primera es totalmente censurable y en gobiernos despóticos ningún papel juega el perdón⁶⁴⁶, MONTESQUIEU alega que, en una república, donde se tiene por principio la virtud, la clemencia se desvela como menos necesaria⁶⁴⁷. Respecto de las monarquías, sin embargo, el pensador francés defiende la postura contraria. En ellas, asevera, el poder de perdonar que ostenta el príncipe, administrado con discreción, puede tener efectos admirables⁶⁴⁸. Postulado que literal y expresamente, asumió GUIZOT⁶⁴⁹.

El hecho de que, en ese punto de desarrollo del sistema penal, un poder (el ejecutivo) intervenga –para deshacer discrecionalmente– lo que rectamente otro poder había efectuado, supuso ya entonces, para muchos, un atentado contra los principios rectores de la separación o división de poderes y del orden constitucional⁶⁵⁰. Cuestión distinta era si, a pesar de esas desviaciones de orden constitucional, podía compensar al Estado, por interesar alcanzar otra suerte de motivos y finalidades, el mantenimiento de tal institución⁶⁵¹.

Ese cuestionamiento basado en la nueva organización estructural de los Estados que se proponía y empezaba a asumirse y la implosión de un ideario basado en las ideas de justicia, libertad e igualdad⁶⁵², incentivaron el comienzo de un airado debate entre detractores y defensores de la figura del indulto⁶⁵³. Pocos serían aquellos que se aproximaran a la institución y no adoptaran una posición respecto a ella.

La excepción se encuentra en los templados planteamientos que al final del s. XVIII expresó ROSSEAU⁶⁵⁴. El polímata suizo se limitó a advertir que su ejercicio, excepcional, corresponde al soberano. De forma aséptica y sin profundizar, aunque advirtiéndose cierta desconfianza por manifestar la poca claridad de tal derecho, advirtió simplemente

⁶⁴⁶ MONTESQUIEU, *ibid.*, p. 179.

⁶⁴⁷ MONTESQUIEU, *ibid.*, p. 181.

⁶⁴⁸ MONTESQUIEU, *ibid.*, pp. 179, 181-182: «El poder de perdonar que tiene el príncipe, administrado con discreción, puede tener efectos admirables» (p. 179); «La clemencia es la cualidad distintiva de los monarcas. (...) Tanto tienen que ganar los monarcas con la clemencia, produce tanto amor y acarrea tanta gloria, que casi siempre es para ellos una suerte tener ocasión de ejercerla y casi siempre se puede en nuestros territorios» (p. 182). Criticado duramente por FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, vol. 4, segunda parte, libro tercero, cap. LVII, Ed. Società tipografica de' classici italiani, Milán, 1822, pp. 402-406.

⁶⁴⁹ GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, p. 172.

⁶⁵⁰ VIDAL, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, Ed. Rousseau, París, 1928, pp. 719-720: «Au point de vue constitutionnel, on lui reproche d'être une anomalie, contraire à la séparation des pouvoirs, législatif et exécutif d'une part, exécutif et judiciaire d'autre part».

Replicando la idea del indulto como atentado a la división de poderes (y al principio de legalidad), HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en entrevista concedida el 19 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 230.

⁶⁵¹ Cuestión que se replica en el apartado 6. *Ámbitos de tensión de la figura del indulto en un Estado de Derecho. Análisis constitucional*.

⁶⁵² GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 31-33; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 58-62, sostiene que las críticas clásicas se basaban en el principio de igualdad.

⁶⁵³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1459-1464, 1467-1472.

⁶⁵⁴ Tibieza criticada por LARDIZÁBAL y URIBE, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Imprenta de Joachin Ibarra, Madrid, 1782, pp. 58-59.

MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 13, neutro: «Rousseau, aunque más inclinado á repeler que admitir la facultad de indultar, vacila y deja indecisa la cuestión».

LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 142, también expresa una opinión moderada, limitándose a exponer que es una decisión discutida.

que la discusión sobre la figura sería una cuestión que debía debatir el hombre justo, que no ha fallado y jamás tuvo necesidad de la gracia⁶⁵⁵.

3.4. El debate histórico-filosófico sobre la figura del indulto desde el siglo XVIII. Posturas de sus defensores y detractores como punto de partida del análisis actual

En líneas generales puede afirmarse que históricamente los filósofos del Derecho han sido más benévolos en su valoración de las medidas de gracia (quizá por su capacidad para comprender, en ese análisis filosófico, razones extrajurídicas que escapan a los criterios valorativos estrictamente jurídicos). Sin embargo, quienes se han aproximado a dicho examen desde el punto de vista jurídico, han aborrecido y criticado con dureza las instituciones de perdón⁶⁵⁶. Adviértase que este punto es clave, ya que las dialécticas manejadas por unos y otros se sitúan en dos planos divergentes y, por ende, los acercamientos al tema de estudio se acometen desde esferas heterogéneas, asumiendo motivaciones y finalidades dispares⁶⁵⁷.

Sin ánimo de agotar hasta la extenuación el catálogo de aquellos que han vertido opiniones sobre la figura del indulto a lo largo de la historia –labor que nada sustancial aportaría toda vez que ya se ha profundizado en este estudio descriptivo⁶⁵⁸–, el presente análisis se efectúa a los fines de recoger las razones que máximos referentes han expuesto sobre el particular, para permitir conocer los argumentos esgrimidos respecto del tema de investigación que nos ocupa, en aras de entender los esenciales puntos de fricción que genera la figura y su proyección en la realidad presente.

⁶⁵⁵ ROSSEAU, *Du contrat social; o principes du droit politique*, Ed. Rey, Ámsterdam, 1762, pp. 81-82: «A l'égard du droit de faire grace, ou d'exempter un coupable de la peine portée par la loi & prononcée par le juge, il n'appartient qu'à celui qui est au dessus du juge & de la loi, c'est-à-dire au Souverain; encore son droit en ceci n'est-il pas bien net, & les cas d'en user sont-ils très-rares. Dans un Etat bien gouverné il y a peu de punitions, non parce qu'on fait beaucoup de graces, mais parce qu'il y a peu de criminels: la multitude des crimes en assure l'impunité lorsque l'Etat dépérit. Sous la République Romaine jamais le Sénat ni les Consuls ne tenterent de faire grace; le peuple même n'en faisoit pas, quoiqu'il révoquât quelquefois son propre jugement. Les fréquentes graces annoncent que bien-tôt les forfaits n'en auront plus besoin, & chacun voit où cela mene. Mais je sens que mon coeur murmure & retient ma plume; laissons discuter ces questions à l'homme juste qui n'a point failli, & qui jamais n'eut lui-même besoin de grace».

⁶⁵⁶ Lo apuntaba del mismo modo PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 256; HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», p. 694, nota 29, menciona la reflexión efectuada por PACHECO; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, p. 4. Desde otra perspectiva, para alcanzar una conclusión opuesta, BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 20.

⁶⁵⁷ BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, pp. 16, 39-68, 129, sin embargo, dibuja la tensión entre aquellos que acogen una visión de inspiración política (favorable) basada en el criterio de oportunidad, remitiéndose a la noción de soberanía –destacando como máximo exponente a SCHMITT–, y aquellos que, como KELSEN, asumen una visión jurídica (crítica) y que invocan el principio de separación de poderes, lo que deriva en una “doble patología”: una judicialización de la política y una politización de la justicia (pp. 16, 68, 129).

⁶⁵⁸ Vid. ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 91-94, 153, 163-164; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 20-24; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1459-1464; o SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 118-129.

3.4.1. Las posiciones críticas de BECCARIA, FILANGIERI, BENTHAM y KANT

Al haber sido calificado como el «*enemigo capital de la gracia de indulto*»⁶⁵⁹, las referencias a los detractores de la figura deben empezar necesariamente en el siglo XVIII, recogiendo la posición defendida por BECCARIA⁶⁶⁰ quien –en el *apartado 46. El Perdón* de su tratado *De los delitos y de las penas*– defiende reservar la dulzura de las penas no a quienes tienen atribuido el ejercicio de la clemencia y el perdón, sino a quienes redactan las leyes que ulteriormente han de ser aplicadas.

Conforme a lo mantenido por el marqués italiano, a pesar de poder ser considerada como la más bella prerrogativa del trono y el atributo más apetecible de la soberanía⁶⁶¹, aquéllos (clemencia y perdón) debían residir en el redactor de las leyes: «*[para que resplandezca] en el código, no en los juicios particulares; que hacer ver a los hombres la posibilidad de perdonar los delitos, y que la pena no es necesaria consecuencia suya, es fomentar el halago de la impunidad, y manifestar que pudiéndose perdonar, las sentencias no perdonadas son más bien violencias de la fuerza que providencias de la justicia*»⁶⁶².

BECCARIA anticipa que la clemencia y el perdón habían de excluirse en una perfecta legislación «*donde las penas fuesen suaves y el método de juzgar arreglado y corriente*»⁶⁶³. Ya que las leyes y su ejecución deben ser inexorables, será suave e indulgente el legislador⁶⁶⁴.

BLACKSTONE se posicionó en contra de las tesis de BECCARIA y, en particular, contra la exclusión de la utilización del uso del indulto en escenarios en los que se hubiera alcanzado una legislación suave, pero de insoslayable aplicación. El influyente jurista británico asumió su oposición basándose en su personal desconfianza en la labor de los jueces, que percibía como más peligrosa que la práctica del indulto. De esta forma, razonó que, de excluirse el indulto, se otorgaría un peligroso poder al juez o jurado. Ello generaría un doble efecto perverso, cual sería la construcción del Derecho penal en función de su espíritu en vez de sus palabras y el reconocimiento de un hecho que nadie querría

⁶⁵⁹ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», p. 91.

⁶⁶⁰ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1764, con el *Comentario de Voltaire*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2014, pp. 144-145.

⁶⁶¹ LARDIZÁBAL y URIBE, *Discurso sobre las penas*, p. 59; FIELDING, *An enquiry into the causes of the late increase of robbers*, p. 182, la califica como la más afable prerrogativa; BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, p. 389, asumió la misma adjetivación que la empleada por FIELDING; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 4; RUIZ y RODRÍGUEZ, *Tratado general de procedimientos criminales o exposición de las reglas que deben observarse en la sustanciación de los juicios para la averiguación y castigo de los delitos y faltas*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, pp. xxxiii, xxxv; VILLAR y GARCÍA, *La conveniencia civil y política del indulto, como regalía de la corona*, p. 14, la identifica con el «*bello florón que adorna la corona del Soberano*».

⁶⁶² BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, pp. 144-145.

⁶⁶³ BECCARIA, *ibid.*, p. 144.

⁶⁶⁴ BECCARIA, *ibid.*, p. 145. Influencia recogida por ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 27-28: «*¿Es justa la ley? Acatarla, aplicarla siempre y a todos. ¿Es injusta? Modificarla hasta que deje de serlo, para que pueda aplicarse sin excepción ni daño de los que quedan sometidos a la regla*». CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, 1795-1810, en Ed. Aubier, París, 1991, pp. 434-435, critica el postulado formulado por BECCARIA.

confesar: que la situación y circunstancias del autor (aunque no alterasen la esencia del delito) no permitieran hacer distingo en el castigo⁶⁶⁵.

Efectuada la anterior consideración, BLACKSTONE defendió excluir ese poder en una democracia⁶⁶⁶, porque en ella no existía mayor reconocimiento que al administrador de las leyes y sería impolítico que el poder de juzgar y perdonar se centrara en una misma persona. Pero en las monarquías, razonó, el Rey actuaba en una esfera superior, regulando todo el gobierno como su primer motor, sin aparecer como parte desagradable o ingrata de él, sino como fuente de generosidad y gracia. Con el perdón, transformaría a sus receptores en nuevos hombres. Justamente todo ello contribuiría, según dicho pensador, a enraizar en los corazones de sus súbditos la afección filial y lealtad personal, que serían las bases seguras del Príncipe⁶⁶⁷.

Recordemos que BECCARIA fue, en su tiempo, el máximo defensor de la abolición de la pena capital y defendía, coherentemente, que una vez que se consiguiera suavizar la crueldad de las penas aplicables, el contrapunto o factor correctivo de aquéllas, representado por el perdón, devenía innecesario y carente de sentido.

En definitiva, lo que BECCARIA propuso fue aspirar a una legislación caracterizada por su proporcionalidad respecto de la que se predicaran los mínimos errores intrínsecos para eliminar los mecanismos correctivos ajenos a ella, como eran las medidas de gracia. De hecho, como ya demostrara PICOT –aun defensor de la institución de la gracia–, una legislación más suave implicaba empíricamente (en atención a las cifras manejadas entre 1876 a 1898) una disminución progresiva de la utilización de la gracia⁶⁶⁸.

Los mismos argumentos utilizados por BECCARIA serían acogidos por un coetáneo y conterráneo suyo, FILANGIERI⁶⁶⁹, quien, sin embargo, encontró un espacio residual en el que podía acudir al empleo del perdón. Para ello, en su tratado *La scienza della legislazione*, llegó a delimitar los dos escenarios excepcionales en los que dedujo que sí sería posible su aplicación: **(i)** cuando la impunidad (que deriva del perdón) en vez de abrir la entrada al delito presentara un estímulo para la virtud; o **(ii)** cuando un pueblo entero hubiera delinquido (después de penar a los responsables principales)⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, p. 390.

⁶⁶⁶ BLACKSTONE, *ibid.*, p. 395. En este sentido, también HUSSAIN/SARAT, «Toward New Theoretical Perspectives on Forgiveness, Mercy, and Clemency: An Introduction», p. 6.

⁶⁶⁷ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, p. 391.

⁶⁶⁸ PICOT, «Rapport sur le droit de grâce dans ses rapports avec la science pénitentiaire», p. 931.

⁶⁶⁹ FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, pp. 406-407: «*le leggi debbono esser dolci e moderate, ed il Sovrano inesorabile; noi diremo che se il dritto di far la grazia a' delinquenti non si vuol considerare di sua natura come abusivo, non si può dubitare che nella maggior parte de' casi, l'esercizio di questo dritto è un'ingiustizia commessa contro la società; (...) che la virtù che si chiama con questo nome, deve manifestarsi nella correzione delle leggi ingiuste e feroci, e non nel privarle del loro rigore; che ogni grazia conceduta ad un delinquente è una derogazione della legge; che se la grazia è equa, la legge è cattiva; e se la legge è buona, la grazia è un attentato contro la legge; che nella prima ipotesi bisogna abolir la legge, e nella seconda rifiutar la grazia*».

⁶⁷⁰ FILANGIERI, *ibid.*, pp. 407-408: «*Quando nella persona del delinquente concorrono i grandi meriti personali, e le grandi speranze che i suoi talenti e le sue virtù offrono alla patria; quando nel suo delitto si manifesta piuttosto l'impeto di una passione, che la depravazione del cuore; quando e i giudici che l'hanno giudicato, ed il popolo ch'è stato testimonio delle sue virtù e de' suoi servigi, reclamino la sua grazia e la momentanea sospensione della legge; quando, in una parola, l'impunità, in vece di offrire un adito al delitto,*

Crítico también con la figura del perdón se posicionó el padre del utilitarismo: BENTHAM⁶⁷¹, quien continuó las críticas a principios del siglo XIX. Su posición se basaba en el anhelo de una legislación que contase con certidumbre y que no necesitara de la severidad de las penas para asegurar su cumplimiento⁶⁷².

BENTHAM recordó cómo la clemencia se había erigido repetidamente como la primera virtud del soberano. Él la entendería como mérito solo en el caso en el que la ofensa producida se hubiera materializado contra el amor propio del soberano (o sus favoritos) ya que es contundente al afirmar que, de tratarse de una ofensa contra la sociedad, el perdón no sería un acto de clemencia, sino un acto prevaricador⁶⁷³, un delito⁶⁷⁴.

Dicha suerte de limitación, relativa al (único) ámbito de ilícitos que podía perdonar el soberano o gobierno, fue defendida por GAROFALO, representante del positivismo criminológico. El italiano, detractor de la figura de la gracia⁶⁷⁵ y quien la calificó como institución que puede ser incompatible con el fin de la pena⁶⁷⁶, circunscribió aquel campo de limitación positiva a: «*todo aquello que el gobierno prohíbe y cuya transgresión podría perdonarla el gobierno mismo; tal ocurre con los delitos políticos y con las contravenciones á las leyes de hacienda ó á los reglamentos administrativos*»⁶⁷⁷. En este sentido se había pronunciado ya GUIZOT⁶⁷⁸. Para el resto de delitos, GAROFALO excluye la posible aplicación del indulto, contrariado de que dicha institución sobreviva al resto de «*irracionales prerrogativas que el progreso de las instituciones ha ido aboliendo*

somministrerebbe un incoraggiamento alla virtù: ecco il primo caso. Il secondo è quello di una popolazione intera delinquente. Quando un gran numero di cittadini vien sedotto da uno spirito torbido ed inquieto; (...), allora la salute della repubblica, che dev'essere la suprema legge dello Stato, può esigere il silenzio della particolare legge che destina a ciaschedun complice la sua pena; (...) allora la spada della giustizia, dopo aver percossa il capo degli autori del delitto e de' principali rei, può esser rimessa nel suo fodero senza recar detrimento alcuno alla pubblica tranquillità. Fuori di questi due casi, io non ne veggo altri che, supposta la perfezione della criminal legislazione ed il vigore della giustizia pubblica, richieder debbano l'impunità».
Vid. nota al pie 1603.

⁶⁷¹ BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, par M. Jérémie Bentham, publiés par Ét. Dumont, Ed. Bossange, Masson et Besson, Paris, 1802, tomo 2, pp. 432-434.

⁶⁷² BENTHAM, *Works of Jeremy Bentham*, vol. I, 1962, p. 520; mismo autor, *Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring*, vol. IX, William Tait, Edimburgo, 1843, pp. 36-37 y 605-607 (arts. 34-43 de las *dispunitive function* asignables al Ministerio de Justicia).

⁶⁷³ BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, tomo 2, pp. 432-433: «*Que d'éloges prodigués à la clémence! On a répété mille fois qu'elle est la première vertu d'un Souverain. Sans doute, si le délit n'est qu'une atteinte à son amour-propre, s'il s'agit d'une satire qui tome sur lui ou sur ses favoris, la modération du Prince est méritoire, le pardon qu'il accorde est un triomphe remporté sur lui-même: mais quand il s'agit d'un delit contre la société, le pardon n'est plus un acte de clémence, c'est une prévarication réelle*».

Planteamiento que podría haber inspirado el de CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 50.

⁶⁷⁴ BENTHAM, *Works of Jeremy Bentham*, p. 605, art. 35, sobre las *dispunitive functions* asignables al Ministro de Justicia: «*far from being a meritorious act, is, or should be made a punishable offence*».

⁶⁷⁵ GAROFALO, *La criminología*, pp. 335-337.

⁶⁷⁶ GAROFALO, *ibid.*, p. 336: «*Lo que parece inexplicable es que no se entienda así en muchos Estados, donde el derecho de gracia ha conservado toda su antigua significación, á saber: un acto de clemencia, de generosidad, de perdón, que no se cree incompatible con el fin de la pena, desde el momento que no se quiere admitir que éste no es un acto de venganza, sino que es sencillamente uno de los medios de que hay que servirse para combatir la criminalidad*».

⁶⁷⁷ GAROFALO, *ibid.*, p. 335.

⁶⁷⁸ GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, pp. 172-173, 177: «*C'est sur-tout pour les crimes politiques que le droit de grâce semble réservé*» (p. 172).

gradualmente»⁶⁷⁹. Sin embargo, además de aquél ámbito material en el que aceptó su ejercicio (delitos políticos, leyes de hacienda o reglamentos administrativos), GAROFALO aceptó su empleo cuando se tratase de solventar, mediante su uso, un error del jurado o un juzgamiento severo; lo que lo convertiría, en realidad, en una revisión, en un engranaje adicional del mecanismo judicial⁶⁸⁰.

También BLACKSTONE asumió límites en la facultad de perdonar del monarca. En concreto, el jurista inglés constriñó su utilización en las ofensas contra la corona y las públicas, con excepciones. Por ejemplo, excluyó su concesión en el caso de los ilícitos contra una ley popular o penal, restringiendo su prerrogativa hasta que le fuera proporcionada información para ejercerla (de lo que se derivaría un derecho del informante a tomar una parte de la pena)⁶⁸¹. BLACKSTONE también negó su uso para un supuesto de naturaleza particular, el de los *impeachments*⁶⁸² (exclusión que sigue en vigor en la Constitución de los Estados Unidos de América, art. 2. 1), y para aquellos casos en que su otorgamiento estuviera dirigido a impedir la investigación o paralizar la acusación de importantes y relevantes autores⁶⁸³.

BENTHAM razona que ha de perfeccionarse la legislación, comprendiendo en ella causas de remisión específicas⁶⁸⁴, para que no sea necesario acudir a lo que denomina «*correctivos maliciosos*». En este sentido, para dicho autor, el único marco de aplicación en el que no solo tendría sentido, sino que sería necesario el perdón, sería su empleo tras algunas sediciones,

⁶⁷⁹ GAROFALO, *La criminología*, p. 335.

⁶⁸⁰ GAROFALO, *ibid.*, pp. 336-337: «*pero en las primeras [en las repúblicas] parece más bien una revisión del proceso, que hace en los casos más graves el jefe del Estado, á fin de impedir la ejecución de la pena de muerte cuando no es inverosímil que el jurado haya sufrido una equivocación, ó cuando se juzga que ha estado severo. Limitado de esta suerte, podría conservarse el derecho de gracia, porque, en último resultado, no se trataría sino de una nueva rueda en la máquina judicial, que quizá fuese útil en los casos más graves*» (p. 336); «*Para nosotros, el juicio penal es la designación del tipo del delincuente que se examina, y la pena es el medio de defensa que se requiere en cada caso. Ahora, que haya una revisión del proceso por parte de un tribunal supremo de justicia ó por parte del mismo jefe del Estado, cuando la opinión pública se halla persuadida de la inocencia del condenado, nada más justo; que haya también lugar á una revisión en el caso en que se juzgue que la pena es excesivamente severa, podrá ser cosa equitativa y útil; pero, ¿cómo admitir que el jefe del Estado tenga el derecho de privar á la sociedad de sus medios de defensa contra sus enemigos naturales? El indulto concedido á un gran criminal es la violación del derecho de los ciudadanos á verse libres de aquél para siempre*» (p. 337).

⁶⁸¹ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, pp. 391-392.

⁶⁸² NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 102-105.

⁶⁸³ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, pp. 392-393.

⁶⁸⁴ BENTHAM, *Works of Jeremy Bentham*, p. 600, art. 4, con causas de remisión, inspiradas en el utilitarismo: «*1. Of exculpatory evidence, discovery made at a time subsequent to conviction. 2. Service expected to be rendered by the convicted delinquent, or say convict, by information having for its effect the prevention of otherwise future act of delinquency. 3. Service expected to be rendered by the convict, by the prevention, frustration, or timely repression of acts of hostility, or diminution of their maleficent effects: of hostility, namely, at the hands of a foreign power. 4. Service expected to be rendered by the convict, by the prevention of physical calamity, or the diminution of its maleficent effects. 5. Service expected to be rendered by the convict, by the communication of some useful invention or discovery. 6. Service actually rendered by the convict in any one of the above-mentioned four shapes. 7. Regard for the amity of foreign powers, one or more. 8. Regard for the amity of the people of the State to which the individual in question belongs. 9. Multitude of the individuals, who, having been co-operating with the delinquent in question, are liable to be punished for the same cause: say, multitude of co-delinquents. 10. Service rendered, or about to be rendered, by the delinquent in question, by information contributory to the conviction of some co-delinquent or co-delinquents*».

conspiraciones y desórdenes públicos⁶⁸⁵ –supuestos que, a los efectos de esta investigación, podrían encontrar su encaje en los escenarios de justicia transicional–. Aun en estos escenarios, insiste BENTHAM, la medida de perdón nunca podía referirse al delito de homicidio (ya que quien pudiera perdonar dicho ilícito sería dueño de la vida de todos) y tenía que ser ejecución de una ley y no responder a perdones discrecionales no motivados⁶⁸⁶.

Resulta ilustrativo que NIETZSCHE, tan crítico con las posturas utilitaristas en general y con las de BENTHAM en particular⁶⁸⁷, coincidiera con los postulados benthianos en relación al ámbito de aplicación en el que pudiera estar justificado el perdón o, más bien, para ajustarnos textualmente a sus postulados, el olvido. Para NIETZSCHE hay escenarios identificables con la denominación actual de procesos transicionales en los que debería primar ese olvido activo⁶⁸⁸, como mecanismo de superación del pasado que se equipararían y asemejarían con aquellos supuestos descritos por BENTHAM como únicos escenarios en los que encaja el perdón⁶⁸⁹.

Como el propio BENTHAM resume –y traduzco literalmente–: si las leyes son demasiado duras, el poder de perdonar es un correctivo, pero este correctivo es también un mal. Haced buenas leyes y no creéis una varita mágica que tenga el poder de anularlas. Si la pena es necesaria, no se debe perdonar; si no es necesaria, no se debe pronunciar⁶⁹⁰.

⁶⁸⁵ BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, tomo 2, pp. 432-433: «*Dans les cas où la peine feroit plus de mal que de bien, après des séditions, des conspirations, des désordres publics, le pouvoir de pardonner n'est pas seulement utile, il est nécessaire. Ces cas étant prévus et indiqués dans un bon système législatif, le pardon qui s'y applique n'est point une violation, c'est une exécution de la loi. Mais pour ces pardons non motivés, effets de la faveur ou de la facilité du Prince, ils accusent les lois et le Gouvernement, les lois d'être cruels envers les individus, ou le Gouvernement d'être cruel envers le public. Il faut que la raison, la justice, l'humanité manquent quelque part: car la raison n'est pas en contradiction avec elle-même; la Justice ne peut pas détruire d'une main ce qu'elle a fait de l'autre; l'humanité ne peut pas ordonner d'établir des peines pour la protection de l'innocence, et d'accorder des pardons pour l'encouragement du crime*».

⁶⁸⁶ BENTHAM, *ibid.*, pp. 432-433.

⁶⁸⁷ ANOMALY, «Nietzsche's Critique of Utilitarianism» en *Journal of Nietzsche Studies*, núm. 29, 2005, pp. 3-4, 10-12.

⁶⁸⁸ DERRIDA, *Perdonar*, pp. 16-17, 62-63, se refiere al perdón como un enunciado performativo.

⁶⁸⁹ NIETZSCHE, *Jenseits von Gut und Böse, Zur Genealogie der Moral*, Ed. Alfred Kröner, Leipzig, 1930, pp. 285-286: «*Daß dies Problem bis zu einem hohen Grad gelöst ist, muß dem um so erstaunlicher erscheinen, der die entgegenwirkende Kraft, die der Vergeßlichkeit, vollauf zu würdigen weiß. Vergeßlichkeit ist keine bloße vis inertiae, wie die Oberflächlichen glauben, sie ist vielmehr ein aktives, im strengsten Sinne positives Hemmungsvermögen, dem es zuzuschreiben ist, daß was nur von uns erlebt, erfahren, in uns heineingenommen wird, uns im Zustande des Verdauung (man dürfte ihn "Einverseelung" nennen) ebensowenig ins Bewußtsein tritt, als der ganze tausendfältige Prozeß, mit dem sich unsre leibliche Ernährung, die sogenannte "Einverleibung" abspielt. Die Türen und Fenster des Bewußtseins zeitweilig schließen; von dem Lärm und Kampf, mit dem unsre Unterwelt von dientsbaren Organen für-und gegegenander arbeitet, unbehelligt bleiben; ein wenig Stille, ein wenig tabula rasa des Bewußtseins, damit wieder Platz wird für Neues, vor allem für die vornehmeren Funktionen und Funktionäre, für Regieren, Voraussehn, Vorausbestimmen (denn unser Organismus ist oligarchisch eingerichtet) – das ist der Nutzen der, wie gesagt, aktiven Vergeßlichkeit, einer Türwärterin gleichsam, einer Aufrechterhalterin der seelischen Ordnung, der Ruhe, der Etikette: womit sofort abzusehn ist, inwiefern es kein Glück, keine Heiterkeit, keine Hoffnung, keinen Stolz, keine Gegenwart geben könnte ohne Vergeßlichkeit. Der Mensch, in dem dieser Hemmungsapparat beschädigt wird und aussetzt, ist in einem Dyspeptiker zu vergleichen (und nicht nur zur vergleichen – er wird mit nichts "fertig"...».*

⁶⁹⁰ BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, tomo 2, p. 434.

La precedente aserción tuvo una gran influencia con posterioridad a su dictado y ha sido insistentemente invocada⁶⁹¹. Incluso en el proceso constitucional que culminó con la aprobación de nuestra Constitución de 1812, al discutir la redacción de su art. 171. 13ª –en su momento, duodécima facultad del Rey–, fue empleada expresamente en la discusión por TRAVER⁶⁹².

No puede dejar de advertirse en este punto de nuestra investigación que, en su curso, se han detectado determinadas lecturas efectuadas a la obra de BENTHAM cuya orientación y conclusiones no pueden compartirse⁶⁹³. A salvo en aquellos entornos excepcionales ya indicados, el padre del utilitarismo nunca defendió la utilización del perdón, sino todo lo contrario y, por consiguiente, nunca diseñó un marco teórico en virtud del cual delinea ámbitos de aplicación en los que el perdón debía ser concedido (*pardon conditions* o *general grounds for pardoning*).

Desde las premisas utilitaristas que siempre defendió, sí que excluyó ámbitos al castigo⁶⁹⁴; pero nunca en virtud de un perdón de la pena impuesta, sino a través de la construcción de una teoría adelantada a ese punto temporal en virtud de la cual no debía llegar a imponerse el castigo, que no deja de constituir un mal, cuando los beneficios a obtener infligiéndolo fueran menores a las ventajas de no aplicarlo⁶⁹⁵. BENTHAM no explicitó condiciones de perdón, sino que vertebró sus pensamientos identificando supuestos en los que, según él, no era dable el castigo.

Para ello, distinguió casos en los que el castigo no debía ser infligido, nunca perdonado⁶⁹⁶: **(i)** cuando el castigo careciese de fundamento (*groundless*): donde no hubiera un delito que prevenir, no siendo la acción dañina para la sociedad⁶⁹⁷; **(ii)** cuando resultase ineficaz (*ineffacious*): cuando no previniese el delito⁶⁹⁸; **(iii)** cuando fuera improductivo (*unprofitable*) o demasiado costoso (*too expensive*): cuando el daño producido fuera

⁶⁹¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 409, parte de la aseveración benthiana para concluir: «*En lo que respecta a la cultura jurídica dominante, un signo evidente de su pérdida del punto de vista externo está en el hecho de que no reclama “buenas leyes” que atenúen las penas legalmente previstas y, en cambio, presenta las medidas alternativas a éstas como una vía obligada para mitigar su excesiva severidad: como si las leyes y las penas fueran algo natural o provinieran de otro planeta, y a nosotros no nos quedase más alternativa que aliviar su dureza en sede de ejecución*».

⁶⁹² TRAVER, Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, núm. 378, sesión del 15 de octubre de 1811, p. 2086: «*Me fundo en esta razón: ó la ley es necesaria, y en este caso no debe prescindirse de ella, ó no, y entonces debe derogarse. Si se arregla como debe el sistema del Código criminal, habrá muy pocos indultos*».

Utilizada recientemente por FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas»; QUINTERO JIMÉNEZ, «El “Caso Liaño”, Indulto no, gracias».

⁶⁹³ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 40-43; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 61.

⁶⁹⁴ BENTHAM, en BURNS/HART (Eds.), *An introduction to the principles of morals and legislation*, Ed. Methuen, Londres-Nueva York, 1982, reed., pp. 158-164.

⁶⁹⁵ BENTHAM, *ibid.*, p. 158.

⁶⁹⁶ BENTHAM, *ibid.*, p. 159; mismo autor, *The rationale of punishment*, Ed. R. Heward, Londres, 1830, pp. 23-26.

⁶⁹⁷ BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, pp. 159-160; mismo autor, *The rationale of punishment*, p. 23.

⁶⁹⁸ BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, pp. 160-162; mismo autor, *The rationale of punishment*, pp. 23-24.

mayor que el que se evitase⁶⁹⁹; o (iv) cuando fuese innecesario (*needless*): cuando el delito pudiera prevenirse o ser extinguido, sin el castigo, a un menor coste⁷⁰⁰.

Asumo que la identificación entre los supuestos de ausencia de castigo con presupuestos de perdón que efectúa MOORE es debido a que algunas de las causas que BENTHAM defiende como argumentos por los que no debe infligirse el castigo son, para MOORE, causas por las que debe otorgarse el perdón. Es el caso, por ejemplo, de los supuestos de castigo ineficaz que apunta aquél⁷⁰¹. Efectuar la precedente distinción dogmática se reputa esencial.

A pesar de su proyección e influjo, se plantearon críticas frontales a las tesis (o el dilema⁷⁰²) de BENTHAM como la planteada por el propio CONSTANT, quien anticipaba que el mentado razonamiento estaba huérfano de una condición esencial, cual era que no existía una ley para cada hecho⁷⁰³. De asumir ese prerrequisito, según el pensador francés, entonces la prerrogativa de gracia se convertía en un instrumento esencial, indispensable y de imperioso empleo⁷⁰⁴.

Contemporáneas de las posturas de BECCARIA, FILANGIERI y BENTHAM, aparecen las tesis opositoras de KANT que no pueden ser marginadas. Según ellas, el indulto es, entre todos los derechos del soberano, el más indecente, obsceno o deleznable («*schlüpfrigste*»)⁷⁰⁵ pues a la vez que prueba el esplendor de su grandeza, permite obrar injustamente en alto grado⁷⁰⁶.

La dura adjetivación que acuñó KANT se opone a la dada por BODIN, quien insertaba la potestad de gracia en el quinto atributo de la soberanía, calificándola como el «más bello»

⁶⁹⁹ BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, pp. 163-164; mismo autor, *The rationale of punishment*, pp. 24-25.

⁷⁰⁰ BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, p. 164; mismo autor, *The rationale of punishment*, pp. 25-26.

⁷⁰¹ Cfr. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, pp. 160-162; mismo autor, *The rationale of punishment*, pp. 23-24; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 97-98.

⁷⁰² ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, vol. 3, Tipografía de Felice Rusconi, Milán, 1824, 3ª ed, p. 113-114, §§ 1147-1148.

⁷⁰³ CONSTANT, *Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France*, Imprenta de Hocquet-Casa Eymery, París, 1815, pp. 313-314.

Acogiendo los argumentos de CONSTANT, MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 13. Vid. nota al pie 663.

⁷⁰⁴ CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, pp. 434-435, caracterizando a la prerrogativa de gracia como esencial, indispensable e imperiosa, defiende: «*Le droit de faire grâce est indispensable, parce que ce droit n'est en réalité que celui de prendre en considération les circonstances d'une action pour décider si la loi est applicable. Plus une loi est générale, plus elle s'éloigne des actions particulières sur lesquelles néanmoins elle est destinée à prononcer. Une loi ne peut être parfaitement juste que pour une seule circonstance. Dèsqu'elle s'applique à deux circonstances que distingue la différence la plus légère, elle est plus ou moins injuste dans l'un des deux cas. (...) Les faits se nuancent à l'infini: les lois ne peuvent les suivre dans leurs modifications multiformes*».

⁷⁰⁵ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen, Zweiter Theil*, Ed. Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1803, p. 236: «*Das Begnadigungsrecht (ius aggratiandi) (...) ist wohl unter allen Rechten des Souverans das schlüpfrigste*».

⁷⁰⁶ A este respecto, MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 133 añade: «*cada liberación gratuita de un apena jurídicamente merecida resulta, ex definitione, retributivamente injusta*».

otorgado y, para el caso de que el Príncipe perdonase las injurias hechas a su persona, se trataría de la gracia «más hermosa»⁷⁰⁷.

KANT determina que la figura del indulto no debe aplicarse para crímenes entre súbditos, permitiéndose residualmente la posibilidad de su aplicación cuando se produjera un crimen contra la persona del soberano (*crimen laefae majestatis*). En estos casos, defiende que su empleo es aceptable solo cuando no se ponga en peligro la seguridad del pueblo a través de la impunidad: «*Dieses Recht ist das einzige, was den Nahmen des Majestätsrechts verdient*»⁷⁰⁸.

Sin embargo y aun cuando las premisas taliónicas y retributivas de KANT le condujeran a concluir que aun cuando existiera el riesgo de disolución de la sociedad civil (los habitantes de una isla tantas veces mencionados) antes tendría que ejecutarse hasta el último asesino que se encontrara en la cárcel para que cada cual recibiera lo que merecen sus actos y el homicidio no recayese sobre el pueblo que no ha exigido el castigo merecido como potencial cómplice de esa violación pública de la justicia⁷⁰⁹; dicho filósofo también contempló una excepción, configurada como un estado de necesidad⁷¹⁰.

Para construir su excepción, es representativo que KANT acudiera al delito de rebelión, inspirado por la sucedida en Escocia en 1745. KANT⁷¹¹ advierte que si el número de cómplices de tal acción fuera tan grande que el Estado tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito y no quisiera disolverse volviendo al estado de naturaleza, el soberano tendría

⁷⁰⁷ BODIN, *Les six livres de la Republique*, pp. 173-177; cuando refiere la delegación de Francisco I en su madre dicha potestad, BODIN recuerda cómo la Corte le espetó que la de perdonar era: «*l'une des plus belles marques de la souveraineté*» (p. 174). Más adelante, BODIN afirma: «*Mais entre les graces que le Prince peut donner, il n'y en a point de plus belle, que de l'iniure faite à sa personne; & entre les peines capitales, il n'y en a point de plus agreable à Dieu, que celle qui est établie pour l'iniure faite à sa maiesté*» (p. 176). Vid. nota al pie 660.

⁷⁰⁸ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*, p. 236.

⁷⁰⁹ KANT, *ibid.*, p. 229: «*müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Thaten werth sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat: weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann*». Respecto de este pasaje: CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 75-76; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 595.

FLETCHER, «The place of victims in the theory of retribution», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, 1999, pp. 60-63, reinterpreta el ejemplo kantiano al tratar de la impunidad desde el enfoque de la víctima, como sujeto pasivo de dominación, y desde la potencial vulneración de la cláusula de igualdad de trato cuando el Estado decide no infringir el castigo al autor. Crítico con la interpretación de FLETCHER, M. MOORE, «Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, 1999, pp. 79-81, por no justificar la imposición de castigo a quien lo merece y porque, según M. MOORE, la falta de castigo no implica que nos unamos al propósito criminal como cómplices. También crítico con la teoría kantiana de la extensión de la participación en el crimen, FEINBERG, «The expressive function of punishment», en *The Monist*, vol. 49, núm. 3, julio de 1965, pp. 406-407.

⁷¹⁰ MORISON, «The politics of grace», pp. 9-10.

⁷¹¹ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*, pp. 231-232: «*Wenn aber doch die Zahl der Complicen (correi) zu einer solchen That so gross ist, dass der Staat, um keine solche Verbrecher zu haben, bald dahin kommen könnte, keine Unterthanen mehr zu haben, und sich doch nicht auflösen, d. i. in den noch viel ärgeren, aller äußeren Gerechtigkeit entbehrenden Naturzustand übergehen (vornehmlich nicht durch das Spectakel einer Schlachtbank das Gefühl des Volks abstupfen) will, so muß es auch der Souverän in seiner Macht haben, in diesem Nothfalle (casus necessitatis) selbst den Richter zu machen (vorzustellen) und ein Urtheil zu sprechen, welches, statt der Lebensstrafe, eine andere den Verbrechern zuerkennt, bei der die Volksmenge noch erhalten wird; dergleichen die Deportation ist: Dieses selbst aber nicht als nach einem öffentlichen Gesetze, sondern durch einen Machtspruch, d.i. einen Act des Majestätsrechts, der, als Begnadigung, nur immer in einzelnen Fällen ausgeübt werden kann*».

poder, en ese caso extremo (*casus necessitatis*), para hacer de juez y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, a los fines de conservar la vida del conjunto del pueblo⁷¹². En ese caso, continúa KANT, el soberano no acometería esta decisión por medio de una ley pública, sino a través de un acto de autoridad, como un acto del derecho de majestad que, como indulto, solo puede ejercerse en casos aislados.

3.4.2. Los postulados aperturistas de FEUERBACH y MITTERMAIER

Justamente el año en que murió KANT fue en el que nació otro de los referentes que dedicaron sus pensamientos a la figura del indulto. Aun cuando FEUERBACH se presenta en ocasiones como detractor de la institución⁷¹³, sus textos no advierten una posición tan encontrada, sino que abren la posibilidad a que, en determinados escenarios y bajo limitadas circunstancias, sea empleado. FEUERBACH mantuvo, por tanto, una posición que, sin negar totalmente la razón de ser de la figura, limitó su existencia a determinados espacios que se encargó de acotar; una postura más aperturista, pero restringida.

Si bien no deja de apuntar las dudas que despierta su existencia desde un punto de vista filosófico, FEUERBACH reduce su utilización a aquellos supuestos en los que la finalidad y razón de su utilización sea la justicia, proyectándose en cuatro escenarios concretos⁷¹⁴:

(i) Como compensación a una contradicción entre el Derecho formal (vigente) y el Derecho material (válido). En este sentido destaca la contradicción que puede producirse al aplicar el Derecho al caso concreto y las leyes que han sobrevivido al tiempo en el que fueron dictadas, calificando FEUERBACH entonces al indulto como un «*mal menor*»⁷¹⁵. Se trataría, ejemplifica, de supuestos en los que la conducta ya no debería considerarse delito, pero el texto normativo aún no ha sido derogado⁷¹⁶.

(ii) Para poder mitigar la pena, en atención a especiales circunstancias que no pueden ser tenidas en cuenta, en perjuicio de la justicia, dados los límites a los que se somete el poder judicial –y sin perjuicio de que se idee una teoría que permita conceder dicha facultad al Juez, que impide la necesaria futura reforma de la norma–⁷¹⁷.

⁷¹² VON PUFENDORF, en LUIG (Dir.), *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, 1673, en Ed. Insel, Frankfurt am Main-Leipzig, 1994, p. 194, en el mismo sentido, para acoger la aplicación del indulto cuando por el número de autores de un hecho delictivo se arriesgue erradicar la población.

⁷¹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1460.

⁷¹⁴ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, pp. 120-121, §§ 61-63; mismo autor, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, pp. xxvii-xxviii.

⁷¹⁵ ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», p. 9, nota 1, a pesar de declararse defensor de su sustitución por la figura del perdón judicial, también lo considera como un «*mal menor para resolver los conflictos entre la norma general y el caso especialísimo*» que tendrá que subsistir, según dicho autor, «*mientras no perdone el juez*».

⁷¹⁶ FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, p. xxviii.

⁷¹⁷ FEUERBACH, *ibid.*, pp. xxvii-xxix, sobre los dos primeros escenarios: «*Unter den Rechten des Oberhaupts gibt es ein Recht, welches das Begnadigungsrecht heißt, welches zwar ebenfalls seine Grenze hat, aber gleichwohl, da der Regent nicht blos Repräsentant, sondern auch Depositär des gemeinen Willens ist, sich in der oberherrlichen Gewalt wirklich findet. An diesen Theil der oberherrlichen Gewalt, wende sich der Verbrecher, vor disem Forum der Gnade und nicht des Rechts, suche selbst der Richter eine Lossprechung der*

(iii) Para mantener el estado jurídico contra los peligros urgentes que puedan plantearse, respecto de los que no se pueda esperar con seguridad ayuda de los mecanismos ordinarios –por ejemplo, la promesa de impunidad para miembros de una conspiración o una banda de ladrones, cuando denuncien a sus compañeros o los entreguen–; y

(iv) A fin de mantener la autoridad disuasoria de la Ley, cuando su rigor se convirtiera en crueldad y provoque así repugnancia moral o indiferencia a su castigo –caso de que una ciudad o provincia entera fuera culpable de alta traición–⁷¹⁸.

MITTERMAIER⁷¹⁹, en su condición de comentarista de FEUERBACH, ensancha aquellas constelaciones en las que, según su opinión, el indulto es admisible. Si bien apunta los potenciales efectos negativos que tiene la superación de leyes mejorables a través de la utilización de la figura del indulto, lo que implica que el indulto se colocase en la posición del propio Derecho, MITTERMAIER afirma que el indulto se justifica, con carácter general, como un acto de justicia para cubrir las exigencias que las barreras del poder legislativo y judicial impiden satisfacer. Adicionalmente MITTERMAIER incide en que el indulto ostenta un papel relevante en relación con el sistema penitenciario. Entre otras utilidades destacadas por él, se encuentra la configuración del indulto como un premio ante la mejora de los reos quienes, ante un progreso en su comportamiento, podían ser recompensados a través de la figura del perdón⁷²⁰.

3.4.3. Las posiciones favorables a la figura del indulto de ROMAGNOSI, CARRARA y PACHECO

Otros autores fueron más indulgentes respecto de la institución estudiada y defendieron su necesidad y conveniencia con mayor amplitud⁷²¹. Entre los argumentos blandidos en su defensa destacan las razones que esgrimió ROMAGNOSI⁷²², quien, contemporáneo de ellos, se opuso expresamente a las posiciones mantenidas por BECCARIA, FILANGIERI y BENTHAM⁷²³.

Strafe zu bewirken, die zwar entweder gar nicht dem Verbrechen gemäß ist, oder bei welchen besondere außerordentliche Umstände, eine Milderung nothwendig machen, welche aber gleichwohl, weil das Gesetz, welches sie droht, noch nicht aufgehoben ist und allgemein spricht an und für sich ihre vollkommene rechtliche Gültigkeit behauptet. So bleibt der Richter in seinen Schranken und es wird die Billigkeit nicht auf Kosten der Gerechtigkeit befriedigt. Aber man hat es anders gewollt, man hat dem Richter selbst dieses Recht ertheilt und eine Theorie eronnen, welche dieses Ausdehnung der richterlichen Gewalt mit der Autorität der Gesetze und den Pflichten des Richters vereinigt, aber so scharfsinnig sie auch ist, nicht nur der Wahrheit gänzlich zu widersprechen, sondern auch die Fruchte einer künftigen bestimmten Strafgesetzgebung in ihrem keimen zu zerstören scheint».

⁷¹⁸ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 121, § 63.

⁷¹⁹ MITTERMAIER en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 122, notas II a IV.

⁷²⁰ Vid. apartado 5.3.1.1.2. *Los ámbitos de aplicación del indulto identificados por FEUERBACH y MITTERMAIER*.

⁷²¹ Cfr. ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 148-156 además del propio autor, recopila las tesis de GROCIO, PUFFENDORFF, VATEL, MARQUET VASSELOT, LEGOUX, D'AGUESSAU, LORIEUX, LE SEGLIERE, BONNEVILLE o el propio GUIZOT cuyas tesis asumirá PACHECO y, en la doctrina española, los argumentos de MARIANA, SAAVEDRA FAJARDO, SUÁREZ o SANTO TOMÁS DE AQUINO.

⁷²² ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, pp. 112-115, §§ 1144-1153.

⁷²³ ROMAGNOSI, *ibid.*, p. 113, § 1147, nota 1.

Para estructurar su oposición y concluir que el indulto es una garantía de la justa aplicación de las leyes, la debida moderación de éstas y su necesario sustituto, el pensador italiano parte del dilema expresado por BENTHAM (si la pena es necesaria no debe perdonarse y si es innecesaria, no debe imponerse) para oponerle otro.

Según ROMAGNOSI, o las leyes son una obra divina o son resultado de acciones humanas. Si emanan de un Dios, los preceptos son inútiles y vanas nuestras disputas. Por tanto, las leyes deben considerarse como obras del hombre que, por la esencial limitación humana, adolecerán de esa misma restricción⁷²⁴. Adicionalmente, el legislador se guía por las exigencias comunes y constantes. Ello conduce inevitablemente, según ROMAGNOSI, a que, aunque se tenga el mejor sistema posible, en la legislación humana existan sanciones ordinarias y comunes que se conviertan en crueldad⁷²⁵. Es precisamente para estos supuestos para los que el indulto se erige como un suplemento necesario de la legislación y de la equitativa administración de justicia⁷²⁶.

Por consiguiente, para legitimar su utilización, ROMAGNOSI acude al indulto como mecanismo de proporcionalidad de la aplicación de la norma penal; tema sobre el que se profundizará al analizar los fines asignados a la figura del indulto⁷²⁷.

Partiendo de este mismo argumento de la necesaria generalidad de la ley, su entonces joven conterráneo, CARRARA, defendió acudir también al derecho de gracia ante las que denominó «*causas políticas indeterminables por la ley*»⁷²⁸. Aunque su discurso es magro, el pensador italiano advierte que, en su opinión, acudir a tal derecho puede ser utilísimo siempre que sea razonablemente ejercitado⁷²⁹.

Aunque excusa no facilitar una lista *numerus clausus* de escenarios en los que aquél podría ser empleado ya que, se justifica, por esencia serán imprevisibles⁷³⁰ (por ello no los pudo tomar en consideración el legislador) y atenderían a la especialidad del supuesto, a las condiciones del país, de sus necesidades y de muchas otras consideraciones, CARRARA ilustra, con ejemplos no exhaustivos, los que comprende como usos convenientes del ejercicio del derecho de gracia: los méritos del delincuente, el temor a tumultos, la multitud de culpables, la necesidad que del delincuente tenga la patria o los servicios que a ella le fueran prestados, u otros similares⁷³¹.

Otro de los grandes valedores de la institución, ya en nuestro país, fue PACHECO, quien, contemporáneo de CARRARA, acoge expresamente los motivos ya apuntados por MONTESQUIEU⁷³², lo que permitiría cerrar el presente círculo de análisis (pues recordemos que con el pensador francés y su defensa del principio de separación o división de poderes se encendió el debate).

⁷²⁴ ROMAGNOSI, *ibid.*, pp. 113-114, § 1148.

⁷²⁵ ROMAGNOSI, *ibid.*, pp. 114-115, §§ 1149-1150.

⁷²⁶ ROMAGNOSI, *ibid.*, p. 115, § 1151.

⁷²⁷ Vid. apartado 4.3.2. *El indulto como instrumento de proporcionalidad*.

⁷²⁸ CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, pp. 423-426, §§ 707-709.

⁷²⁹ CARRARA, *ibid.*, p. 426, § 710.

⁷³⁰ En este sentido, también NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1320-1321.

⁷³¹ CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, p. 425, § 709.

⁷³² PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», pp. 255-284 (especialmente, p. 260).

En la línea apuntada ya por ROMAGNOSI, PACHECO sostiene la imposibilidad de que se elimine el indulto dada la inexistencia de «*leyes para cada caso*» y habida cuenta de la fijeza, severidad y constancia de ellas. Ante la necesaria generalidad y abstracción de las normas, la realidad se apartará siempre de lo previsto e imaginado en ellas. Es por ello por lo que, mantiene, replicando una frase que acuñó GUIZOT, que la justicia, la razón y la verdad no siempre «*dejan encerrarse en la letra estrecha de la ley*»⁷³³. Por consiguiente, será necesario en muchos casos acudir al derecho de gracia para moderar y excluir la inflexible severidad de la ley⁷³⁴. Según PACHECO, las anteriores aseveraciones desvelaban a la arbitrariedad como un elemento intrínseco del indulto que no solo lo caracteriza⁷³⁵, sino que lo configura sin necesidad de tildarlo como un rasgo necesariamente negativo.

En los debates sobre el texto de la LI producidos en mayo de 1870, OCHOA⁷³⁶ mantenía también que la arbitrariedad del indulto es un elemento inherente e inevitable de éste: «*¿[C]uáles son los principios capitales en que debe estar basado el derecho de gracia? Yo creo que el carácter esencial del derecho de gracia es la arbitrariedad. Sin la arbitrariedad no se comprende semejante derecho; la arbitrariedad es su esencial constitutivo; y digo que el carácter principal del derecho de gracia es la arbitrariedad, porque si le quitáis ese carácter y si anuláis o restringís su ejercicio, convertís el derecho de gracia en una especie de poder judicial; hacéis un juicio de lo que debe ser una libérrima facultad; establecéis una instancia más con lo que debe ser la práctica de la conmiseración al arrepentimiento, y de la equidad a la dureza en ciertos casos de la ley*».

Siguiendo los dictados de GUIZOT⁷³⁷, PACHECO defiende que la arbitrariedad, unida al correctivo que supone la exigencia de responsabilidad derivada de su ejercicio y concentrada donde pueda ser útil, resulta incluso una institución altamente ventajosa no solo bajo el aspecto político, en interés del Estado, sino también en interés de la justicia y bajo el aspecto social y judicial⁷³⁸. No toda arbitrariedad, arguye, será tachada de maliciosa, sino que en

⁷³³ PACHECO, *ibid.*, p. 264. Siguiendo a GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, pp. 167-168. Expresión empleada por MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 21 o por BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», p. 23.

⁷³⁴ PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 262. Su tesis influyó en GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, pp. 266-274.

⁷³⁵ Así también se pronuncian LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 15-16, 46, 52-53, sobre la arbitrariedad como carácter básico de la institución; NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, edición electrónica, pp. 80, 83; misma autora, «Notas acerca del indulto», p. 231, deriva de ello su condición de institución mal avenida con un Estado de Derecho.

Vid. *epígrafe 6.3.1. Indulto y arbitrariedad*.

⁷³⁶ OCHOA, Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 284, sesión de 18 de mayo de 1870, p. 8089.

⁷³⁷ GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, pp. 167-170, para quien la arbitrariedad era inevitable, reconociendo la responsabilidad como contrapeso, subraya: «*Mais l'infinie vérité n'a pas voulu se laisser saisir tout entière; l'insurmontable nature des choses n'a pas consenti à se reconnaître toujours dans le texte des lois. Après avoir lutté contre l'arbitraire, il a fallu y recourir; et de même que la précision des jugemens légaux avait été invoquée contre les imperfections de l'homme, de même la conscience de l'homme a été invoquée contre l'imperfection des jugemens. Ainsi la nécessité de l'arbitraire, indomptable pour notre faiblesse, s'est fait sentir après ses dangers; et à défaut de ce juge infaillible qui manque sur la terre, la liberté que la loi avait voulu s'assujettir pour la régler, est venue, à son tour, au secours de la loi. Tel est l'inévitable cercle vicieux des choses humaines. (...) fut de méconnaître cet élément fondamental de notre condition, de supposer que la vérité, la raison, la justice pouvaient appartenir, pleines et parfaites, à certaines formes, à certains pouvoirs, et qu'ainsi il était possible de bannir complétement l'arbitraire: tentative orgueilleuse qui ne mène qu'à la tyrannie*» (pp. 167-168).

⁷³⁸ PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 265.

ocasiones esa arbitrariedad se debe reputar justa, saludable, santa⁷³⁹ y útil para encontrar la justicia material con la justicia legal⁷⁴⁰.

Para terminar, PACHECO defiende que si bien no puede descartarse un abuso del derecho de gracia⁷⁴¹, éste, además de haberse visto minimizado profundamente con el paso de los años, no desacredita en lo más mínimo la necesidad de su existencia en atención a las funciones que cumple⁷⁴². Esta última reflexión, que justifica permitir el abuso en la utilización de la gracia en atención a los altos fines que aquélla está llamada a satisfacer, no será una manifestación compartida por la mayoría de la doctrina⁷⁴³.

El germen del debate sobre la figura del indulto que nació en el s. XVIII con el principio de separación o división de los poderes se acentuó durante los dos siglos siguientes sin que al tiempo en que se acomete la presente investigación aún haya sido zanjado. Como ha quedado patente, los argumentos esgrimidos a su favor se centran en señalar las funciones que vendría a desempeñar la institución. ¿Cuáles son esos usos y utilidades que se le asignan? ¿Para qué se utiliza en la práctica la figura del indulto? ¿Es posible plantear una sistematización de sus aplicaciones?

⁷³⁹ PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 267. En este mismo sentido, se orienta SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», pp. 1252-1253. MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 309, citando a PACHECO, destaca el rasgo inherente de la arbitrariedad en el derecho de gracia.

⁷⁴⁰ BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 8-10, adscribe esta opinión, influenciado por PACHECO.

⁷⁴¹ CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, p. 442, sin embargo: «Le droit de grâce n'est évidemment susceptible d'aucun abus».

⁷⁴² PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 273.

⁷⁴³ Por todos, ya BONNEVILLE, *Traité des diverses institutions complémentaires du Régime pénitentiaire*, Ed. Joubert, París, 1847, p. 92, defensor de la necesidad y legitimación de las medidas de gracia: «Remarquons tout d'abord que, pour apprécier sainement le droit de grâce en lui-même, il faut, avec soin, le distinguer de ses abus. L'abus est le contrepied et la négation du droit. L'abus du droit de grâce est évidemment destructif de tout système de justice et d'expiation. Eloignons donc de suite toute idée d'abus». O su contemporáneo PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht*, p. 27, da cuenta de la continuidad de la figura, a pesar de que: «Man sollte glauben, ein Institut, das seinen Ursprung bloß den Missbräuchen einer barbarischen Zeit verdankte, wäre bei dem Anbrechen einer bessern Zeit in der Strafgesetzgebung sofort wieder verschwunden». En nuestra doctrina, BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 13, 15, 175-176, quien, fruto quizá del tiempo en que vivió, identifica el abuso con aquellos episodios históricos donde se han ensanchado las libertades públicas (p. 15) y quien relaciona los excesos en la concesión de indultos con el aumento de la criminalidad (p. 175).

[4] Utilización de la figura del indulto y finalidades asignadas

Una propuesta sistemática

Como se ha comprobado en el epígrafe precedente, las posiciones defensoras del mantenimiento de la figura del indulto se focalizaban en las bondades y ventajas que su utilización ofrecía.

La discusión se sostenía entre aquellos que, siguiendo los enunciados atribuidos a JHERING⁷⁴⁴, aducían que el indulto representaba una «válvula de seguridad» (*Sicherheitsventil*)⁷⁴⁵, un último recurso⁷⁴⁶ o «válvula de escape»⁷⁴⁷ de un ordenamiento jurídico que nunca alcanzaría el sello de perfectibilidad⁷⁴⁸ y aquellos otros que respondían que realmente no se trataba de una

⁷⁴⁴ JHERING, *Der Zweck im Recht*, vol. I, 1904, en Ed. Olms, Hildesheim-Nueva York, 1970, 4ª ed., pp. 330-339 (especialmente, pp. 331-334), en realidad se refiere con dicha expresión a las disposiciones relativas al estado de necesidad del Estado (*Staatnotstand*): «Die darauf zielenden Bestimmungen lassen sich als die Sicherheitsventile des Rechts bezeichnen» que permitían: «sie öffnen der Not einen Ausgang und verhüten damit die gewaltsame Explosion» –p. 331–. Dicho autor definió al indulto como (auto)corrección de la generalidad del derecho estricto frente a las exigencias de la justicia: «In diesem Sinne können wir die Begnadigung definieren als die Korrektur des als unvollkommen erkannten Gesetzes im einzelnen Falle, kurz ausgedrückt als die Selbstkorrektur der Gerechtigkeit» (p. 333). Términos que recuerda SCHMIDT, «§ 100 – Begnadigung und Amnestie», p. 563; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 61; o SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 273-274, nota 2. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, p. 256, § 998, lo concibió con un término próximo pero distinto, definiéndolo como el «último recurso». A pesar de la utilización de la misma terminología, en un sentido distinto se pronuncia LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 17, pues dicho autor se centra en exclusiva en su función respecto del rigor legislativo. El indulto como «válvula de seguridad» ha sido reiteradamente empleado como argumento a favor de su existencia y mantenimiento (vid. voto particular concurrente formulado por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ a la STS de 20 de noviembre de 2013; RUIZ ROBLEDÓ, «Indultos inconstitucionales», en *El País*, 16 de diciembre de 2012, p. 3)

⁷⁴⁵ BUSTOS GISBERT y MURILLO DE LA CUEVA, en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», pp. 44, 48; KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 613; mismo autor, «Should Clemency Decisions be Subject to a Reasons Requirement?», p. 151; DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», pp. 363, 368, 378; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», p. 125; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 12, 131, 141; misma autora, «Pardon for good and sufficient reasons», p. 284: «The pardoning power is a backup system that works outside of the rules to correct mistakes, making sure that only those who deserve punishment are punished»; RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy: The Demise of PostConviction Relief and a Rightful Claim to Clemency», en *Review of Law & Social Change*, núm. 24, 1998, pp. 65, 69, 90, emplea el símil de la red de seguridad.

⁷⁴⁶ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, en entrevista concedida el 25 de marzo de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 314; FRAILE ORTIZ, «Reseña, García Mahamut, R., *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, p. 508, lo identifica como «llave de fuga»; MORISON, «The politics of grace», p. 22; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», p. 1533.

⁷⁴⁷ Dicha expresión para referirse a la figura del indulto se recoge recurrentemente en las resoluciones judiciales [por todas, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 3) núm. 39, de 31 de enero de 2000, sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Secc. 1) núm. 149, de 31 de julio de 2007 o sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Secc. 3) núm. 436, de 27 de octubre de 2015].

BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency», pp. 10, 15; KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 613; mismo autor, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», pp. 52-54, sobre el componente expresivo del indulto ante la falibilidad del sistema, presentándose como símbolo de fortaleza, humildad y de cohesión social.

⁷⁴⁸ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», p. 94; ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 13, 17, al referirse a los defensores de la figura, identificaba al indulto con: «aquel tornillo [puesto en manos del poder supremo] que se aflojaba o se apretaba según parecía conveniente» (p. 13).

válvula de seguridad sino de un lugar de huida (*Fluchtort*) al que se acudía cuando existía alguna deficiencia en el sistema⁷⁴⁹.

En atención a ello y para finalizar con el análisis configurativo de la figura del indulto, la investigación se centrará en, asumiendo una perspectiva empírica-analítica y aceptando la fáctica heterogeneidad de su utilización⁷⁵⁰, elaborar una sistematización de aquellas aplicaciones que permita comprobar la tesis que se somete a verificación.

En este apartado se incidirá en el presupuesto fundamental de que la utilización del indulto en un Estado de Derecho debe responder a fines racionales. Tomando dicha proposición como punto de partida, se analizarán las finalidades que le han sido asignadas a la figura. Toda vez que las categorías tradicionales en las que aquellos empleos se han tratado de clasificar no resultan satisfactorias (por no comprender usos que un análisis empírico detecta), se propone asumir un criterio taxonómico propio.

Dicha propuesta de categorización sistematiza aquellas funciones en primarias y secundarias. Sin perjuicio de su desarrollo ulterior, nos servimos adelantar que, en términos generales, al indulto se le asignarán funciones primarias cuando desempeñe un fin autónomo, cuya descripción sea posible sin necesidad de acudir a terceros instrumentos, medios o instituciones del sistema penal. En contraposición, se entenderá que el indulto satisface funciones secundarias cuando de lo que se trate sea de recurrir a él para suplir déficits o insuficiencias derivados de esos otros mecanismos que, para el caso concreto, han resultado deficientes o insuficientes.

4.1. La finalidad racional en el empleo del indulto en un Estado de Derecho

Parto de la premisa básica de que en el sistema jurídico actual debe sostenerse que la figura del perdón no encaja en la concepción tradicional en la que era utilizado graciosa⁷⁵¹ o arbitrariamente por el caprichoso dictado del monarca absoluto⁷⁵².

En este sentido, también VILLAR y GARCÍA, *La conveniencia civil y política del indulto, como regalía de la corona*, pp. 8-9: «[La justicia] al revestirse del carácter humano, pierde su verdad absoluta y se sujeta a la posibilidad del error, a la falibilidad en el acierto. Pero otra virtud, grande como la justicia (...), la auxilia y completa (...). Esta es la clemencia, que domina en la sociedad, cuando la espada de la justicia dirige sus filos guiada por la mano del error, que va a inmolar en sus aras una víctima innecesaria; ó cuando la ejecución del castigo humano envolvería una odiosa tiranía. (...) Estos escollos, en que la justicia humana choca de continuo, han sido causa ocasional de la introducción de ciertos medios que le sirvan de complemento; (...) la clemencia y el perdón, cuya conveniencia civil y política como regalía de la corona es indudable».

⁷⁴⁹ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 9-11, defensores del empleo de la figura, entienden que esa discusión, que trasladan al debate «Gnade vor Recht» o «Recht vor Gnade», sería irresoluble.

⁷⁵⁰ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 46.

⁷⁵¹ Perdón como acto gratuito cercano a la misericordia, perdón otorgado por espontáneo sentimiento de piedad. Ley 3 del Título 32 de la Séptima Partida de Alfonso X el Sabio: «*misericordia es propiamente cuando el rey se mueve por piedad de sí mismo a perdonar a alguno la pena que debía tener doliéndose de él, viéndole cuitado o malandante, o por piedad que tiene de sus hijos o de su compañía*». JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 13-14, 18-19 caracteriza el perdón con tres elementos: como acontecimiento fechado, don gracioso del ofendido al ofensor y relación personal con alguien; a diferencia de la clemencia, que no implica acontecimiento determinado alguno y tampoco supone una «verdadera relación con la ipsidad del otro». Para JANKÉLÉVITCH el perdón es un obsequio negativo, al margen de la justicia correctiva: «*es en hueco lo que el don es en relieve*» (p. 19).

Actualmente, inserta en un Estado de Derecho, ha de presuponerse una finalidad⁷⁵³, que cumpla como medio o instrumento, como institución del ordenamiento jurídico que es⁷⁵⁴.

No puede otorgársele, por tanto, un carácter irracional⁷⁵⁵, sobrenatural⁷⁵⁶ o metafísico⁷⁵⁷, ajeno a la racionalización o al sometimiento al Derecho⁷⁵⁸. No puede sostenerse su

⁷⁵² Vid. BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», pp. 19-20, 24-26; BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 12-14; BECA FREI, «Indulto particular», p. 478; HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», p. 740; CUELLO CALÓN, *Derecho penal, tomo I (Parte general)*, vol. segundo, p. 774; QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, p. 828; MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 11-15, sobre la transformación de una «Jubelamnestie» en una «Zweckamnestie»; MÜLLER-DIETZ, «Recht und Gnade», pp. 474-475; PÉREZ DEL VALLE, «Amnistía, Constitución y justicia material», p. 187; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 9; SCHILD, «Strafe – Vergeltung oder Gnade?», p. 381; SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 273-276: «puede parecer absurdo aludir, en un contexto de Derecho penal, al perdón como acto gratuito (gracia) que no pretende la obtención de fines instrumentales, jurídicos, sociales o políticos» (p. 273); mismo autor, SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», en *Ita ius esto*, núm. 2, 2011, pp. 38, 39, destaca que, sobre todo, esa racionalidad (y que no se trate de la idea de gracia en sentido estricto) se relaciona con los indultos dirigidos a satisfacer consideraciones de utilidad pública; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 21, 38. La asunción de esta premisa, distancia nuestro constructo del perdón puro manejado por DERRIDA, «El perdón», pp. 117-130, 132-139.

Sin embargo, BROWN, «The quality of mercy», pp. 331, 335, a favor del mantenimiento de la irracionalidad del indulto: «*the consideration of mercy must go beyond mere rationality, allowing the decision-maker to rely on subjective factors such as experience, intuition, emotion, and introspection*» (p. 331).

⁷⁵³ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 53-54, 183-185; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 15-16, le exige un canon de racionalidad reforzado; MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, p. 162; SILVA SÁNCHEZ, «Perdonar», editorial de *Indret*, núm. 1, 26 de febrero de 2009, pp. 1-2, crítico con la limitación: «*En tiempos de populismo punitivo y de búsqueda compulsiva de una seguridad cognitiva, puede parecer absurdo aludir, en un contexto de Derecho penal, al perdón como acto gratuito (gracia) que no pretende la obtención de fines instrumentales jurídicos, sociales o políticos*»; LAMPE, «Zur funktionalen Begründung des Verbrechenstsystems», en SCHÜNEMANN et al., *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Ed. De Gruyter, Berlín, 2001, p. 53 desde la defensa de una posición funcional –«zweckrational» y «funktional»– y condicional del fundamento del sistema de Derecho penal, apunta a la figura del indulto (y a la amnistía) como práctica de esa comprensión funcional del Derecho penal, sin que ello haya generado grave problemática: «*Durch Amnestie oder Begnadigung kann eine Strafe unter anderem dann erlassen werden, wenn sie ihre Funktionen nicht erfüllt oder gar verfehlt –sie es, daß sie ihre befriedende Wirkung nicht erreicht, daß sie dem Betroffenen gegenüber eine nicht zu rechtfertigende Härte darstellt oder daß ausnahmsweise die Straffreiheit auch im Interesse der Rechtsgeltung als die höherwertige Alternative erscheint, also „Gnade vor Recht“ gehen muß*».

En contra, voto particular formulado por LESMES SERRANO, con adhesión de nueve Magistrados, a la STS de 20 de noviembre de 2013: «*Con el ejercicio de la potestad administrativa discrecional la Administración, aún cuando tenga un margen de estimación subjetiva en alguno de sus elementos, debe perseguir siempre satisfacer una finalidad pública establecida en la Ley, circunstancia que no se da en el acto graciable. Admitir lo contrario –que con el indulto se persiguen determinados fines públicos que con carácter general se establecen en la ley– sería tanto como admitir un apoderamiento general del Ejecutivo para corregir las decisiones del Poder Judicial, lo que es constitucionalmente inadmisibile*» [sic].

⁷⁵⁴ En este sentido, Tribunal Supremo suizo, en su sentencia de 23 de septiembre de 1981 –BGE 107 Ia 103, p. 106–. BELDA PÉREZ-PEDRERO, «Las competencias de la corona», p. 1278; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, p. 39; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, p. 15. HELD, «Gnade und Recht», pp. 415, 424, sin embargo, destaca la colocación del instituto fuera del orden jurídico, por lo que su régimen se sitúa igualmente «*außerhalb der gesetzlichen Regelungen*» pero sin embargo defiende la exclusión del elemento irracional que antiguamente contenía.

⁷⁵⁵ En contra, BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 81: «*Gnadenmotive können im richtig verstandenen Sinne irrational sein. Billigkeit und Milde im Einzelfall sind selten rational erfassbar*».

⁷⁵⁶ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, p. 203: «*La sobrenaturalidad del perdón consiste en que mi opinión acerca del culpable no ha cambiado precisamente*».

⁷⁵⁷ Como el sentido shakespeariano recogido por RADBRUCH, *Gestalten und Gedanken, Acht Studien*, Ed. Koehler & Amelang, Leipzig, 1944, pp. 40-49, al definir la gracia como «*[Und Arm in Arm mit dem Wunder*

configuración shakesperiana⁷⁵⁹ y tampoco puede mantenerse, por tanto, su identificación con un obsequio o regalo gratuito⁷⁶⁰. Del mismo modo que la pena exclusivamente ha de servir a fines racionales en un Estado de Derecho⁷⁶¹, debe predicarse idéntica exigencia cuando del indulto se trata⁷⁶².

Debe ser advertido que nuestro texto constitucional no incorpora indicación alguna sobre las finalidades o motivaciones, ni sobre las exigencias o requisitos normativos que han de concurrir para que la medida de perdón sea concedida⁷⁶³; lo que no es extraño, en comparación con lo dispuesto en otros textos constitucionales⁷⁶⁴.

erscheint nun] *des Wunders holde Schwester, die Gnade*». Dicho aforismo fue el recopilado por KAUFMANN, Arthur (Ed.), en RADBRUCH, *Aphorismen zur Rechtsweisheit*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1963, p. 38, núm. 148. Sin embargo, BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 17; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, p. 7: «Die Existenz der Gnade ist nur metaphysisch zu begründen».

⁷⁵⁸ En este sentido, BÖHM, «Richterliche Mitwirkung bei Vollstreckung und Vollzug von Freiheitsstrafe», en *Juristische Schulung*, 1961, cuaderno 7, p. 337; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 56; cfr. MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 15-18, quien relaciona el carácter metafísico con valores que quería transmitir el otorgante como el amor o la benignidad, viéndose el indulto como un regalo; SCHENKE, «Rechtsschutz gegen Gnadenakte», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, pp. 590-591. En contra, KAUFMANN, Arthur, «Recht und Gnade in der Literatur», pp. 1062-1064, 1069, quien defiende, al respecto, que el Derecho solo no sirve para alcanzar la salvación o curación del hombre: «*Das Heil des Menschen liegt nicht allein im Recht*» (p. 1069). Cfr. MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 62-64; y SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», p. 1251.

Sobre la discusión sobre la racionalidad del indulto, vid. DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 370-376.

⁷⁵⁹ SHAKESPEARE, *The merchant of Venice. A comedy*, 1600, en Ed. B. Corcoran, Dublín, 1766, p. 56, «*The quality of mercy is not strained. It droppeth as the gentle rain from heaven. Upon the place beneath*»; mismo autor, *Measure for measure*, 1623, en John Cawthorn, Londres, 1806, pp. 37-38.

⁷⁶⁰ DORNE/GEWERTH, «Mercy in a climate of retributive justice», pp. 417-420; MARKEL, «Against mercy», pp. 491-495; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 10, 50-51, 63, 213-214, 216. A favor de seguir considerándolo como un regalo, MORISON, «The politics of grace», pp. 50-55, quien, criticando a MOORE, aboga por la neutralidad moral de los obsequios.

⁷⁶¹ ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», p. 31.

⁷⁶² Este planteamiento es compatible, aun adoptando una perspectiva distinta, con la segunda hipótesis planteada por BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono, passim* (especialmente, pp. 22, 29-30, 150-154, 189); mismo autor, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», pp. 315, 318-319, 333-334, basada en que la concesión de indultos atiende a una racionalidad –que dicho pretende construir como sumatorio de diferentes variables–.

⁷⁶³ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», p. 263; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 23-24.

⁷⁶⁴ A título de ejemplo, tampoco expresa sus posibles funciones el art. 7 de la Constitución francesa; arts. 79 y 87 de la Constitución italiana; o art. 134. f. de la Constitución portuguesa. Excepcional en este sentido es el art. 104 de la Constitución de la República de Turquía que prevé normativamente determinadas condiciones y limita la posibilidad de indulto del Presidente a condenados que padezcan una enfermedad crónica, discapacidad o cuando sean de elevada edad. En Alemania tampoco el art. 60. 2 de su Constitución recoge ninguna especificación –que para HÖMIG, «Gnade und Verfassung», p. 1329 es por ello mera norma de competencia–, que sí ha sido señalada por su Tribunal Constitucional en su sentencia de 23 de abril de 1969 y queda reflejada genérica pero expresamente en las legislaciones sobre el ejercicio del indulto que han aprobado distintos Estados federados alemanes –criticadas por MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 76, 79– (como ejemplo § 2 de la Gnadenordnung de Baden-Württemberg, de 20 de septiembre de 2001; § 14 de la Gnadenordnung de la Baja Sajonia, en su redacción dada desde 13 de enero de 1999; § 4 de la Gnadenordnung de Hamburgo fechada el 10 de noviembre de 2010; o § 2.2 de la Gnadenordnung de Brandemburg, de 11 de septiembre de 2007). BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, p. 42; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 350; FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 23; HELD, «Gnade und Recht», p. 415; PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», pp. 97-98; RÜPING, «Die Gnade im

Tampoco la LI determina un catálogo regulado de razones que puedan justificar su concesión, ni se sujeta a prelimitaciones normativas, ni desvela las condiciones que debe reunir aquel sujeto susceptible de obtenerla⁷⁶⁵. Se limita a exponer, genéricamente y sin definir conceptualmente el contenido de cada término⁷⁶⁶, que podrá otorgarse el indulto total cuando, a juicio del Tribunal sentenciador⁷⁶⁷, concurren razones de justicia, equidad [**conjunto (i)**] o utilidad o conveniencia pública [**conjunto (ii)**]⁷⁶⁸ (arts. 2. 3º y 11 LI)⁷⁶⁹. Para el caso de los indultos parciales, de aplicación preferente, dada la defectuosa redacción del texto, parece no delimitar, si quiera vagamente, el ámbito material de aplicación⁷⁷⁰. Ello permite interpretar la posibilidad de concesión a discreción del otorgante (art. 12 LI)⁷⁷¹.

Rechtsstaat», p. 35; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 80-85, si bien no reputa necesario el establecimiento de directrices (p. 85); mismo autor, «Gnade vor Recht», p. 1250; SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», p. 102; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 41-51. Concordante, SEBBA, «The pardoning power – A world survey», p. 116, tras el análisis conjunto de Derecho comparado.

⁷⁶⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», p. 697, § 6587; DE CARRERAS SERRA, «El indulto en nuestro Estado de derecho», p. 2; GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 75-76. De ello, BECA FREI, «Indulto particular», p. 493, deduce la fuente de dos grandes vicios de la figura de indulto: la arbitrariedad y la disparidad de criterio en su concesión.

⁷⁶⁶ Esa indeterminación conlleva que en la práctica se difuminen dos de las razones que justifican la institución –¿cuál sería la diferencia, en este ámbito, entre la justicia y la equidad?– o que no se convenga en una definición unívoca de la utilidad pública –¿qué es utilidad pública? ¿cómo se define?–. En relación a estos interrogantes se pronuncia el Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 14 de junio de 2000 (causa especial núm. 2940/1997): «Es indudable que las razones de justicia y las razones de equidad son, en principio, idénticas, dado que por equidad se entiende la justicia natural y por justicia se entiende derecho, razón, equidad»; (...) «en el derecho penal existe, desde hace largo tiempo, un difundido consenso respecto al significado que tienen dichas expresiones [de utilidad pública]. En el derecho penal la utilidad pública se mide en términos de prevención del delito: prevención especial o individual y prevención general».

⁷⁶⁷ CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 45-46; CUGAT MAURI, «Artículo 130», p. 1002, advierte: «el juez tiene aquí una facultad de veto del indulto total, pues no procede sin su informe favorable». Sin embargo, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», p. 18, apunta a la facilidad de eludir el procedimiento establecido para el indulto total de concederse un indulto «cuasi-total».

⁷⁶⁸ Recuerda a la distinción marcada por SCHMIDT, «§ 100 – Begnadigung und Amnestie», p. 563, entre: (i) los indultos otorgados para hacer coincidir la justicia formal con la material; y (ii) los indultos que responden a motivaciones políticas: «wenn wirkliche oder vermeintliche „Staatsklugheit“ es fordern»; y LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 44-45, diferencia dos tipos: los instrumentos de justicia y los indultos políticos.

Sobre los indultos concedidos por utilidad o conveniencia pública: CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 44, 52, inciden en que la noción de utilidad pública no equivale a la utilidad para un sector particular (un grupo económico o un partido político); MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 146-149; SILVA SÁNCHEZ, «Perdonar», p. 2: «La segunda fundamentación del indulto –la utilidad– es seguramente la que mejor expresa hasta qué punto la renuncia a castigar en Derecho penal puede no ser un perdón en sentido estricto. Pues, al vincularse directamente a consideraciones de utilidad pública, se distancia radicalmente de la idea de algo gratuito».

⁷⁶⁹ La Proposición de Ley de reforma de la Ley de 18 de junio de 1870 de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto presentada el 1 de agosto de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 20-1, de 9 de septiembre de 2016), cuya tramitación fue aprobada el 14 de febrero de 2017, pretende modificar los arts. 11 y 30 LI para incorporar un cuarto motivo: «debida reinserción social del penado». En aquel debate parlamentario, GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, del Grupo Parlamentario Popular, advirtió que la incorporación de motivo sería redundante (BOCG, Pleno y Diputación Permanente, núm. 29, sesión plenaria núm. 27, de 14 de febrero de 2017, p. 18).

⁷⁷⁰ Vid. apartado 6.3.2.3. *Control de las decisiones de indulto*.

⁷⁷¹ AGUADO RENEDO, «Derecho de gracia», p. 60; ESPINA RAMOS, J. Á., «Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante: razones de su improcedencia», p. 2; GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 923;

La defectuosa redacción provoca que la cuestión no esté libre de controversia⁷⁷². El art. 11 LI dispone que el indulto total se otorgará cuando concurren, en favor del condenado, razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador. Para los demás casos, dispone el art. 12, se concederá tan solo el parcial y, con preferencia, la conmutación de la pena. Por tanto, pueden mantenerse dos interpretaciones en relación con el indulto parcial: que pueda prescindirse de la presencia de razones de justicia, equidad o utilidad pública; o que la excepción se refiera exclusivamente al juicio sobre la concurrencia de los motivos que efectúe el Tribunal sentenciador. Esta segunda interpretación, más acertada, al sostener que aquellas razones deben también motivar (y legitimar) la concesión del indulto parcial, sería compatible con el tenor literal del art. 16 LI y con el texto de su Exposición de Motivos en el que no se distingue entre tipos de indultos: «*El indulto no debe concederse sino (...) después de un estudio detenido (...) bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social*». Dicha postura convergería con la posición mantenida en las STS de 2 de diciembre de 2005 y de 20 de noviembre de 2013, que exigen la concurrencia de justicia, equidad o utilidad pública para conceder cualquier tipo de indulto. En el mismo sentido se pronunció, al evacuar el traslado conferido en virtud del art. 25 LI, el Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 14 de junio de 2000 (causa especial núm. 2940/1997), al afirmar que: «*las razones de justicia, equidad o de utilidad pública constituyen un presupuesto de la legitimidad del indulto en general, no sólo del indulto total*»⁷⁷³.

En contraposición al silencio guardado por dicha Ley, el Código Penal sí que apunta una función a la que habría de orientarse la concesión de un indulto cuando, dentro de las disposiciones sobre garantías penales y de la aplicación de la Ley penal⁷⁷⁴, en su art. 4. 3 CP (con reflejo en el art. 20 LI) prevé la potestad de que el Juez o Tribunal se dirija al Gobierno para instarlo si de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulta penada una acción u omisión que, a su juicio, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 18-19 (nota 16), 20; SERRANO MÁLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», pp. 615-616; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», p. 389, admite la concesión del indulto particular cuando las razones de justicia, equidad o utilidad pública o no existan o sean insuficientes; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 17-18, 21, la ausencia de predeterminación de las situaciones sometidas a la amnistía y el indulto supone una extrañeza respecto de las normas jurídico-penales, cuya naturaleza no comparte. Esta circunstancia podría ser explicada por la diversidad e irrepetibilidad de las razones que conllevan su dictado y que, según dicho autor, impiden su predeterminación y catalogación. Vid. nota al pie 1717.

⁷⁷² CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 46, 53, 71-72, nota 42, 75, incluso llegan, en ese artículo, a sostener las dos interpretaciones opuestas simultáneamente.

⁷⁷³ MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 304: «*La exigencia de que esté fundado en “razones de justicia, equidad o utilidad pública” debería imponerse no sólo a los indultos totales sino también a los parciales*»; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 450, defiende, sin embargo, que los motivos de justicia, equidad o utilidad pública habrán de concurrir también para los indultos particulares: «*aunque el art. 12 de la ley mencionada daría derecho a creer lo contrario atendiéndose a su literal contexto*».

⁷⁷⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, «Principio de legalidad penal. ¿Crisis de la garantía criminal?», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (Coords.), *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 530, concibe el indulto como: «*un último remedio al control de la garantía criminal*».

excesiva (en atención al mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo⁷⁷⁵)⁷⁷⁶. Razón que, en sede casacional, el art. 902 *in fine* no desarrolla, amplía o concreta⁷⁷⁷.

Curiosamente, tres de los veintisiete indultos concedidos en el 2016 fueron otorgados al haber sido promovidos por un mismo órgano enjuiciador, el Juzgado de lo Penal número 2 de Cáceres, en virtud de los arts. 4. 3 CP y 20 LI. Ningún otro otorgamiento de los concedidos ese año se refiere a su promoción por el órgano que ha dictado sentencia.

El 28 de junio de 2013 aquel Juzgado había condenado, castigando como autores de un delito de insolvencia punible (arts. 257. 1. 2º, 257. 4 y 250. 1. 5º CP), a un matrimonio y a su hijo como autores los primeros y cooperador necesario este último. Al tratarse de una cantidad defraudada a la entidad acreedora superior a los 50.000 euros, como consecuencia de la aplicación del subtipo agravado, las penas impuestas fueron, aunque las mínimas posibles, de dos años y seis meses de prisión (inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo y multa de dieciocho meses). El Juzgado de lo Penal advierte que, una vez firme la sentencia, elevará solicitud de indulto parcial para que las penas de prisión se reduzcan a un máximo de dos años, *«atendidas las circunstancias concurrentes en los hechos, rigor de las mencionadas penas que en estricta aplicación de la Ley han de imponérselas, aun establecidas en su mínimo legal, circunstancias personales y personalidad de los responsables y su desconexión con el mundo delictivo, a la vez que la edad de algunos de ellos»*. Ello, se deduce, por cuanto, aunque aplicara el mínimo del marco punitivo, las penas impuestas fueron superiores a las que permiten la suspensión de la ejecución en virtud del art. 80. 2 CP.

En el BOE de 2 de enero de 2017, fueron publicados los RD 763/2016, de 30 de diciembre, RD 764/2016, de 30 de diciembre y RD 766/2016, de 30 de diciembre, cuyos beneficiarios son aquellos que resultaron condenados en la anterior sentencia, acordándose la rebaja a dos años de prisión *«estimando que, atendiendo a las circunstancias de [los] condenad[os] y de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, concurren razones de justicia y equidad»*.

⁷⁷⁵ CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 42, subrayan que no implica coincidencia con las circunstancias modificativas de la responsabilidad; GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», p. 86, apuntan a que ello permite incorporar circunstancias posteriores a la comisión, como la rehabilitación del sujeto; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 4», en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 37: *«El primer criterio [mal causado por la infracción], de carácter objetivo, sigue siendo el mismo y, en definitiva, se identifica con el contenido de injusto del hecho. El segundo [circunstancias personales del reo], de índole subjetiva, experimenta una ampliación. (...) Con la nueva expresión “circunstancias personales” se da entrada a otros elementos, que pueden ser posteriores a la comisión del hecho (v.gr. plena rehabilitación a efectos de la concesión de indulto)»*.

⁷⁷⁶ Vid. HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 364- 368, 445, 448, compila un catálogo de razones mayoritariamente argüidas en las solicitudes promovidas por la vía del art. 4. 3 CP y destaca que por este conducto se concedieron en el periodo 1977-2011 solo un 7% del total de indultos otorgados; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 13; MUÑOZ BLANCO, *El indulto en España*, p. 12, sobre la baja utilización de la vía prevista en el art. 4. 3 CP. En el mismo sentido, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en entrevista concedida el 19 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 225. LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 53-55, 75-79, 111, limita a estas razones las impulsoras de la propuesta de indulto por el órgano judicial. En ese sentido, también GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, p. 166.

⁷⁷⁷ Su utilización es recurrente y respecto de diversos tipos delictivos. De entre innumerables, STS de 20 de noviembre de 1987; STS de 13 de diciembre de 1988; STS de 5 de julio de 1990; STS 4 de diciembre de 1992, propone el indulto *ex art.* 902 LECrim ante la desproporción de la pena, tras el dictado de la STC de 22 de mayo de 1986 (vid. nota al pie 975); STS 1 de abril de 2002; o STS 10 de noviembre de 2010.

Adicionalmente, el art. 206 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario se refiere a las condiciones concretas que han de concurrir en el penado para que éste pueda ser elegible a efectos de recibir un indulto particular, como beneficio penitenciario extraordinario que la Junta de Tratamiento puede solicitar que promueva al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Por su concreta configuración como beneficio penitenciario, los motivos no pueden ser predicados de la totalidad de los indultos concedidos en la práctica⁷⁷⁸. Las pautas a las que hace referencia dicho precepto atienden exclusivamente a la conducta postdelictiva del sentenciado, respecto de la ejecución de su condena⁷⁷⁹. Para acceder a la posibilidad de obtención de aquel beneficio penitenciario, el condenado debe mostrar, durante más de dos años y de modo extraordinario, buena conducta, desempeño de una actividad laboral normal útil para su preparación para la vida en libertad y participación en actividades de reeducación y reinserción social⁷⁸⁰.

El análisis empírico de la utilización dada al indulto como beneficio penitenciario, demuestra su escasa relevancia relativa⁷⁸¹. En atención a la literalidad de los Reales Decretos de concesión de indulto que se han publicado en el BOE desde inicios de 2000 hasta el 2016, se constata que el porcentaje de indultos como beneficio penitenciario representa solo el 0,6 % del total (47 indultos).

Ateniéndonos a las cifras manejadas en 2015 y 2016, su relevancia relativa incluso disminuye. De conformidad con la información aparecida en el BOE y con una respuesta del Servicio de indultos fechada el 3 de octubre de 2016 a la solicitud de información núm. 29605 sobre las cifras concernientes al indulto penitenciario, en el 2015 fueron tramitados 77 expedientes de indulto por esta vía y en 2016, hasta la fecha de emisión de la respuesta, 39. En el 2015 solo fueron concedidos 2 de los 77⁷⁸² (un 0,03%) y en el 2016, solo uno (0,03%)⁷⁸³. En 2017 ninguno de los otorgados ha sido promovido ex art. 206 RP.

Por su parte, las resoluciones de concesión, que obedecen tradicionalmente a un modelo de Real Decreto estereotipado en el que repetidamente se alude a la concurrencia de «razones de

⁷⁷⁸ SOLAR CALVO, «El indulto: una perspectiva penitenciaria», concentra la finalidad del beneficio penitenciario en la evitación de la desocialización de los internos: «*El indulto respondería a la excepcional evolución de los internos en centros penitenciarios en pos de su reinserción, tratando de evitar, una vez alcanzados los fines intimidadores de la pena, los efectos desocializadores que estancias prolongadas en prisión generan y que contrarrestan los avances que para la integración social normalizada se hubieran alcanzado*».

⁷⁷⁹ NIETO MARTÍN, «Cuestionario sobre el derecho de gracia», p. 188, sostiene sobre este particular que en estos supuestos los motivos del indulto son de índole preventivo especial.

⁷⁸⁰ Criterios desarrollados en la Instrucción 17/2007, sobre beneficios penitenciarios e indulto particular, emitida por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el 4 de diciembre de 2007.

⁷⁸¹ De escasa utilización, según reconoce la Instrucción 17/2007, Beneficios penitenciarios. Indulto particular, emitida por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el 4 de diciembre de 2007, en la que se desarrolla el contenido del art. 206 RP y se amplían las previsiones contenidas en la Instrucción 9/2007, de 21 de mayo de 2007, sobre clasificación y destino de penados (p. 22) y la Instrucción 12/2006 de 28 de julio, sobre Programación, Evaluación e Incentivación de Actividades y Programas de Tratamiento –según consta en la propia Exposición de Motivos–. En este sentido HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 446-448, 456-457; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 11; SOLAR CALVO, «El indulto: una perspectiva penitenciaria», en *Legal Today*, 31 de julio de 2014; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», pp. 238, 243.

⁷⁸² En virtud de los RD 782/2015, de 28 de agosto (BOE núm. 208, de 31 de agosto de 2015) y 396/2015, de 22 de mayo (BOE núm. 124, de 25 de mayo de 2015).

⁷⁸³ RD 759/2016, de 30 de diciembre (BOE núm. 1, de 2 de enero de 2017).

justicia y equidad»⁷⁸⁴, tampoco exteriorizan las motivaciones últimas que han concurrido para dictarla en un sentido positivo, ni las denegaciones son motivadas⁷⁸⁵; siendo, en la práctica y en atención al carácter poliédrico del indulto⁷⁸⁶, utilizadas para los fines más heterogéneos⁷⁸⁷.

Debe resaltarse empero que la tendencia al automatismo en la redacción de las resoluciones de concesión sufrió un ligero cambio puntual (no continuado) con las trece decisiones adoptadas en el Consejo de Ministros celebrado el 18 de marzo de 2016⁷⁸⁸ con el otorgamiento de indultos «*con motivo de la festividad de Semana Santa*»⁷⁸⁹ en las que se hace mención a circunstancias concretas del penado que fueron consideradas para su otorgamiento⁷⁹⁰. Sin embargo, no se razona la finalidad última a la que se dirigen aquellas concesiones, más allá de volver a aludir a «razones de justicia y equidad». En los otorgamientos dictados con posterioridad a la festividad de Semana Santa de 2016, se ha vuelto a prescindir de concretas referencias al penado, retornando a una formulación genérica y estereotipada que se reitera en los trece últimos indultos concedidos a finales de 2016 –aprobados en los Consejos de Ministros celebrados el 22 de julio y 30 de diciembre de 2016–⁷⁹¹ y en los dieciocho primeros de 2017. En ellos, se concede el indulto porque se estima que: «*atendiendo a las circunstancias del condenado y de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, concurren razones de justicia y equidad*».

⁷⁸⁴ Los veintisiete Reales Decretos de concesión de indulto de 2016 y los dieciocho acordados hasta el 15 de mayo de 2017 hacían exclusiva referencia a dichas razones, marginando la «utilidad».

⁷⁸⁵ DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», p. 3, derivan de ello la imposibilidad de su valoración; ESPINA RAMOS, J. Á., «Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante: razones de su improcedencia», p. 2: «*de modo incomprensible, los decretos de concesión de indulto no están sujetos a motivación alguna, consagrándose así un auténtico ámbito, no ya de discrecionalidad, sino de cuasi arbitrariedad gubernamental*»; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 42; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 15, apunta a que las denegaciones se reflejan en una mera acta del Consejo de Ministros.

⁷⁸⁶ ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 48, 55-56, 77: «*sono sufficienti per dimostrare la poliedricità dell'istituto della clemenza, che appare unitario solo ad esame superficiale*».

⁷⁸⁷ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 37; LINDE PANIAGUA, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», p. 163. Ya lo advertía DEL RÍO (Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, núm. 76, sesión de 18 de noviembre de 1931, p. 2426): «*Nos parece que los Tribunales pueden proponer indultos por razones de equidad; pero hay muchas veces que se indulta también por razones de humanidad, por razones políticas, por razones sociales*».

SEBBA, «Clemency in perspective», p. 229, advierte la dificultad de conocer la motivación del otorgamiento, debido a que la información relevante relativa a su concesión es confidencial y no abierta al escrutinio público.

⁷⁸⁸ BELMONTE BELDA, «Los indultos de Semana Santa son sagrados», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 10 de abril de 2017, destaca su otorgamiento pese a que el Gobierno estaba en funciones.

⁷⁸⁹ Referencia del Consejo de Ministros, de 18 de marzo de 2016.

⁷⁹⁰ En los Reales Decretos publicados el siguiente día 19 de marzo (RD 113/2016 a 124/2016, de 18 de marzo) se consigna la valoración de los informes muy favorables del centro penitenciario (en un 92% de los casos), la antigüedad de los hechos (en un 54%), el avanzado grado de cumplimiento de la condena (en el 69% de las concesiones), la carencia de antecedentes penales (también en un 69%), el parecer del perjudicado (en un solo Real Decreto, en el que no se explicita haber contado con informe favorable del centro penitenciario) y, como cláusula de cierre en todas las concesiones, como factor genérico que no permite discernir, las «circunstancias personales del condenado». En la rueda de prensa concedida tras la reunión del Consejo de Ministros del 18 de marzo de 2016, simplemente se mencionó que: «*se trata de casos especiales, en los que concurren circunstancias de índole humano*».

⁷⁹¹ BELMONTE BELDA, «El Gobierno esconde de nuevo las razones para conceder los indultos», en *El BOE nuestro de cada día*, Fundación Civio, 2 de enero de 2017 (<http://elboenuestrodecadadia.com/2017/01/02/el-gobierno-esconde-de-nuevo-las-razones-para-conceder-los-indultos/>, consultado el 18 de enero de 2017).

Por cuanto antecede puede concluirse que nos encontramos ante un terreno yermo, ausente de pautas normativas a salvo las referencias recogidas en el art. 4. 3 CP y el art. 206 RP⁷⁹². Ante dicho vacío, ha sido la doctrina la que ha tratado de inquirir sobre los motivos que llevan a la concesión de un indulto⁷⁹³ sin perjuicio de encontrar pronunciamientos judiciales que tangencialmente y *obiter dicta* abordan la cuestión⁷⁹⁴.

Tradicionalmente la división global de la finalidad de las medidas de perdón se había dividido en dos grandes bloques de objetivos elementales⁷⁹⁵: (i) la impartición de la justicia o la

⁷⁹² Por ello, en la propuesta recogida en VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 23, se pretende compilar las referencias de los dos artículos.

⁷⁹³ Son muchos los autores que han acometido su estudio. Las referencias a aquéllos se comprenderán en los epígrafes específicos correspondientes. Introductoriamente, puede señalarse las formulaciones elaboradas sintéticamente, entre otros, por ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», p. 87; BACHOF, «Über Fragwürdigkeiten der Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz», p. 471; BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 80-82; BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 185-202; BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 17, 197-198; CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 206-207; DE CARRERAS SERRA, «El indulto en nuestro Estado de derecho», pp. 1-2; CUELLO CALÓN, *Derecho penal, tomo I (Parte general), vol. segundo*, p. 775; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 181-182; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 341-345; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 120-121; GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1091; GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 75-77; HAASE, «"Oh my darling clemency"», p. 1292; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 133-147; HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», pp. 413-415; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 923-924; KOBIL, «Should Clemency Decisions be Subject to a Reasons Requirement?», p. 150; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 13; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 75-114; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 16; MADRID PÉREZ, «El indulto como excepción. Análisis de los indultos concedidos por el Gobierno español durante 2012», en *Revista crítica penal y poder*, núm. 6, marzo de 2014, pp. 115-116; MAGRO SERVET, «La petición de suspensión de ejecución de pena por tramitación de indulto», en *La Ley Penal*, núm. 39, junio de 2007, p. 103; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechen und Rechtsfolgen der Tat*, pp. 1001, 1003, § 76, 2, 6; MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 47-48; NICOSIA, voz «Grazia», pp. 7-8; VON PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, pp. 193-194; PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», pp. 101-105, 109; RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», pp. 36-41; SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», pp. 1250-1252; SEBBA, «Clemency in Perspective», pp. 228-233; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, pp. 434-435; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 25, 268; TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 520-521; WALKER, «The quiddity of mercy», pp. 32-35.

⁷⁹⁴ Cfr. entre muchas, STS de 6 de junio de 2014; STS de 20 de noviembre de 2013; STS de 20 de febrero de 2013; o los ATC de 29 diciembre de 1998 y de 5 de octubre de 1990. En el voto particular formulado por LESMES SERRANO, con adhesión de nueve Magistrados, a la STS de 20 de noviembre de 2013 se apunta: «Esas razones pueden ser muy variadas y no siempre exteriorizables, pues pueden estar relacionadas con la seguridad pública, política criminal, relaciones internacionales, e incluso para resolver graves problemas políticos que pueden afectar a la convivencia nacional. Razones que no siempre es posible explicitar detalladamente en un expediente administrativo y mucho menos ser sometidas a un control judicial».

El Tribunal Constitucional alemán también ha recogido las potenciales funciones en su sentencia de 23 de abril de 1969: «Das Begnadigungsrecht erfüllte nur noch die Funktion, Härten des Gesetzes, etwaige Irrtümer der Urteilsfindung sowie Unbilligkeiten bei nachträglich veränderten allgemeinen oder persönlichen Verhältnissen auszugleichen. So wird es von der Allgemeinheit verstanden und für notwendig gehalten. Es wurde zum Korrelat der Strafe». En el manifiesto «Contra el indulto como fraude en defensa de la independencia judicial y de la dignidad», suscrito el 29 de noviembre de 2012, los doscientos Magistrados firmantes, asumían: «En casos excepcionales, la estricta aplicación judicial de las leyes penales puede producir resultados injustos. El indulto es un mecanismo que permite dar solución a tales supuestos».

⁷⁹⁵ Ya apuntados por HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, p. 256, § 998; o MANZINI, *Pene-Misure di sicurezza-Cause estintive del reato e della pena-Fine della Parte Generale*, en *Trattato di Diritto penale*

corrección de la injusticia –si se intentara su conexión con el texto de la LI respecto de la figura del indulto total, la «*justicia* y la *equidad*»–; y (ii) la utilidad u oportunidad política –trasladable a la «*utilidad pública*», en la terminología del art. 11 LI⁷⁹⁶.

Sin embargo, descendiendo al terreno empírico, adoptando un patrón de identificación, observación y verificación, y delimitándolo dogmáticamente de otras instituciones diversas⁷⁹⁷, se encuentran usos dados a la figura del indulto que no encajarían en ninguno de aquellos propósitos primarios –por ejemplo, el indulto concedido por eventos de los denominados *extraños al hecho* o acontecimientos faustos–. Es por esta razón, en atención al grueso de la discusión entre defensores y detractores de la figura, por la que propongo dividir los distintos fines a los que se destina la figura del indulto en dos grupos atendiendo a otro criterio sistematizador y taxonómico diferente.

4.2. Propuesta sistemática de funciones asignadas a la institución del indulto

La formulación propuesta distingue entre funciones primarias y funciones secundarias. La institución del indulto cumplirá funciones secundarias cuando su aplicación se justifique en tratar de suplir carencias o defectos del sistema u ordenamiento jurídico; cuando su aplicación se derive de un error, una falla o insuficiencia de otros recursos que conviven con la figura del perdón; cuando su utilización venga a basarse en que el resto de medios o instituciones existentes no han cumplido su función o la han verificado imperfectamente –mayoritariamente en relación con la realización de la justicia en el caso concreto, aunque no solo–.

En contraposición a estas funciones secundarias, propongo confrontar las que se denominarán funciones primarias, que toman como punto de referencia fines autónomos de la figura del indulto que puedan ser definidos sin necesidad de acudir a otros mecanismos o instituciones del sistema que hayan resultado deficientes o insuficientes. En estos casos, el indulto no se concede porque otro recurso, medio, mecanismo o institución haya resultado imperfecto o

italiano, vol. 3 (a cura del Prof. Pietro Nuvolone), Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1981, 5ª ed., p. 432.

Discutido por GINER y CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, tomo I, Imprenta de Julio Cosano, Madrid, 1926, p. 78, al destacar que el Derecho es necesariamente un orden de utilidad, sin que quepa imaginar un acto jurídico que no sea acto útil. En el mismo sentido, MILL, *Sobre la libertad*, p. 69.

⁷⁹⁶ MOORE, K. D., *Pardons, Justice, Mercy, and the Public Interest*, las acoge como título de su obra.

⁷⁹⁷ Por ejemplo, la institución de la cosa juzgada prevista como artículo de previo pronunciamiento art. 666. 4ª LECrim no puede confundirse con el otorgamiento de un indulto; confusión que pudiera apriorísticamente plantearse en entornos de solapamiento entre la justicia comunitaria y el Derecho ordinario. En Bolivia, cuando el Juez de Sentencia resuelve la extinción de la acción penal en conflictos ya resueltos por las comunidades indígenas (art. 53. 4. del Nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 1970, promulgado el 25 de marzo de 1999, en vigor a partir de marzo de 2011), no se fundamenta en que el Juez de Sentencia conceda un indulto sino por aplicación de la institución de la cosa juzgada en virtud del art. 28 de aquel Nuevo Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación requiere que la comunidad indígena y campesina haya resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena.

Tampoco el sobreseimiento, como el acordado por el entonces Presidente de Venezuela, Caldera, a Chávez el 26 de marzo de 1994, tras la asonada de 4 de febrero de 1992, en virtud del art. 54. 3 del CP militar venezolano (SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», p. 6).

Cfr. HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 151-152, sobre otras figuras colindantes como la rehabilitación, la moratoria o la dispensa.

inadecuado, sino porque existe una razón que es posible definir de forma independiente de aquéllos.

Utilizando dicha sistematización analítica se plantea examinar, de forma omnicomprendensiva y en atención a usos que también en Derecho comparado se asignan a la figura, las finalidades para las que se emplea o ha sido históricamente utilizado el indulto⁷⁹⁸. El propósito último que se persigue con la investigación de estas funciones es intentar agotar, de ser ello posible, el catálogo de utilidades prácticas a las que ha servido la institución, dirigiéndonos, en último término, a poder proporcionar una respuesta solvente a la pregunta objeto de la investigación sobre el eventual encaje que la figura del indulto pudiera tener en nuestro Estado de Derecho actual y su compatibilidad con un Derecho penal moderno.

4.3. Funciones secundarias

4.3.1. El indulto en supuestos de pena de muerte y penas crueles y degradantes⁷⁹⁹

La Exposición de Motivos de la LI revela que, aun cuando en el momento de su dictado existían «*altas consideraciones*» que no permitían eliminar del catálogo punitivo la pena de muerte, convenía reducir su aplicación a los casos excepcionales en que ni la justicia, la equidad o la conveniencia social consintieran su conmutación –mediante el otorgamiento de una medida de gracia como la del indulto–.

⁷⁹⁸ Un intento de sistematizar los fines de la figura se encuentra embrionariamente en PICOT, «Rapport sur le droit de grâce dans ses rapports avec la science pénitentiaire», p. 929: «*La grâce est donc une voie de recours extraordinaire contre les erreurs et les surprises que la raison humaine n'a pu ni conjurer ni prévoir. Il faut la maintenir comme remède à l'erreur et comme récompense du repentir*». Una sistematización sobre la utilidad práctica, se encuentra en VIDAL, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, pp. 716, 720: «*Mais surtout au point de vue pratique, la grâce conserve son utilité: 1º pour atténuer, dans certains cas, les rigueurs excessives de la loi pénale, que les juges n'ont pu éviter et mieux assurer ainsi l'individualisation de la peine; 2º pour réparer imparfaitement, il est vrai, mais dans leurs conséquences les plus rigoureuses qu'il est urgent de faire cesser, les erreurs judiciaires qu'on ne peut réformer ni par le pourvoi en cassation, ni par la révision; 3º pour tempérer les cas d'application de la peine de mort et faire, comme dans certains pays, en Belgique notamment, l'expérience de sa suppression de fait avant d'arriver à sa suppression légale; 4º pour certaines situations politiques*» (p. 720); «*La grâce sert tantôt de récompense suprême aux condamnés qui l'ont méritée par leur conduite, tantôt de tempérament aux rigueurs excessives de la loi pénale, tantôt de moyen, plus général, quoique moins complet que la révision, pour réparer d'urgence les effets les plus nuisibles des erreurs judiciaires, tantôt, enfin, de mesure d'apaisement politique*» (p. 716). Ulteriormente, destacable el esfuerzo sintetizador efectuado por MUÑOZ SÁNCHEZ, voz «Indulto», pp. 386-387: «*El indulto cumple los siguientes fines, fundamentales para la justicia y convivencia sociales: Suavizar los rigores que resulten de la aplicación de las leyes en extremo severas. Rectificar errores cometidos en la imposición de las penas. Tomar en consideración circunstancias desconocidas cuando se dicte la sentencia. Atenuar la aplicación de la pena de muerte y hacer el experimento de su supresión de hecho antes de llegar a su abolición penal. Procurar la tranquilidad pública después de hondas conmociones internas. Facilitar la reforma moral de los delincuentes, pues la buena conducta durante el cumplimiento de la condena debe ser tomada en consideración, y este hecho no se había estimado al sancionar el delito. Contribuir a mantener vivo en las muchedumbres el sentimiento de piedad*». Amplía la anterior referencia DORADO MONTERO, voz «Amnistía é indulto», pp. 705-706, citando al propio VIDAL.

⁷⁹⁹ En este escenario se introduce la figura del indulto por CAMUS, *L'Étranger*, 1942, en Ed. Emecé, Buenos Aires, 1949, p. 164, como la segunda alternativa que se representa el personaje llamado Meursault ante la pena capital a la que fue condenado.

Resulta notorio que los caracteres definitorios del escenario legislativo de 1870 y del actual, distan considerablemente. Baste recordar que en nuestro sistema penal presente y desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, la pena capital está extinguida también del último reducto en la que se alojaba, el Código Penal Militar, y, por ende, expulsada de nuestro ordenamiento jurídico.

A salvo la reflexión que pudiera merecer la introducción de la denominada pena de prisión permanente revisable en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP⁸⁰⁰ –con base esencialmente en un argumento de inocuidad–, no deben existir, por mandato constitucional ex art. 15 CE, penas inhumanas o degradantes. Si éstas perviviesen conformarían precisamente el escenario para el que muchos autores⁸⁰¹ justificaron la conservación de la institución⁸⁰² o defendieron la necesidad de recurrir a la figura del indulto como mecanismo fundamental limitador de las devastadoras e irrevocables consecuencias que para el condenado supone aplicar penas de excesiva duración, crueles o la de carácter capital⁸⁰³.

Si imaginásemos un péndulo emplazado discursivamente en este punto histórico para ilustrar dicho fenómeno, éste oscilaría entre el extremo de la crueldad y el opuesto, donde se encontraría la figura de perdón⁸⁰⁴. Ello vendría a explicar por qué el declive de la aplicación de la pena de muerte inevitablemente conlleva también el del empleo del indulto⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ KRASCHUTZKI, «Begnadigung», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 10, 1970, pp. 226-227, defiende la necesidad de la figura del indulto en los escenarios de aplicación de la «lebenslange Freiheitsstrafe». En el mismo sentido, SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 97-99. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, p. 720, sobre la aplicación del indulto en Derecho comparado en estos escenarios. Sin embargo, vid. STC alemán de 21 de junio de 1977, que descarta la figura del indulto, a favor de una regulación legal de general aplicación. Vid. epígrafe 4.4.1. *El indulto como mecanismo esperanzador, incentivo y recompensa. Análisis de actuaciones postdelictivas, conductas meritorias o virtuosas y Derecho premial*.

⁸⁰¹ De entre ellos, DE CARVAJAL y HUÉ, «Interpelación sobre el ejercicio de la gracia de indulto», Discursos Parlamentarios (1872-95), tomo 3, Ed. Ricardo Fé, Madrid, 1895, p. 142: «Este accidente lo constituyen las penas irreparables e indivisibles, de las cuales queda hoy en nuestros Códigos la pena de muerte. Mientras subsista en ellos tiene que existir como único medio de dulcificar el fallo severo de la justicia, la facultad en alguno de los poderes públicos de ejercer la gracia de indulto. Quitad la pena de muerte del Código y podéis suprimir la gracia de indulto».

⁸⁰² ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 17; MARTÍNEZ ALCUBILLA, voz «indulto», en *Diccionario de la administración española, peninsular y ultramarina: compilación ilustrada*, tomo VII, Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, 1869, 2ª ed., p. 336: «y más todavía mientras se conserve la pena de muerte en las leyes penales, siempre será una necesidad la de atribuir al monarca o jefe de Estado la prerrogativa de indulto».

⁸⁰³ GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, pp. 177-179; SERRANO RUIZ-CALDERÓN, «El debate sobre el indulto y la pena de muerte», en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 7, 2008, p. 59. En contra, defensor de que no se emplease el indulto en estos casos, BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 138-149.

⁸⁰⁴ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 10-15, 18; BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», pp. 9-10; BECK VARELA/AGÜERO NAZAR/MARTÍNEZ PÉREZ, «La disciplina social en la cultura del *ius Commune*», en LORENTE/VALLEJO (Coords.), *Manual de historia del Derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 137; MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, p. 6; MOORE, K. D., *Pardons*, p. 17; SMART, «Mercy», en *Philosophy*, octubre de 1968, vol. 43, núm. 166, p. 345; TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», p. 486, sobre este fenómeno en los siglos XVI a XVIII; mismo autor, «Delincuentes y pecadores», p. 30; WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 36-37.

⁸⁰⁵ NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. xiii, 5, 195.

En estos supuestos, donde la pena a aplicar era especialmente irreversible⁸⁰⁶ y de tal magnitud como la propia muerte y en aquellos otros donde las penas (o la recogida de pruebas para imponerlas⁸⁰⁷) constituían la ejecución de torturas aplicables a aquéllos si no pertenecían a la nobleza⁸⁰⁸, la figura del perdón contaba con gran apoyo popular y cobraba una relevancia indiscutible e, incluso, necesaria⁸⁰⁹. El otorgamiento del indulto implicaba que al condenado se le perdonaba la vida –conmutándose la pena de muerte⁸¹⁰, la mayoría de las veces, por la cadena perpetua⁸¹¹– o no sería torturado.

Ilustrativo fue el primer indulto de pena de muerte, por conmutación a cadena perpetua tras la entrada en vigor de la LI en virtud del Decreto de 16 de enero de 1871 (Gaceta de Madrid núm. 17, de 17 de enero de 1871) en el que se anuncia: «*Considerando que es la primera vez que se apela a Mí en demanda de la vida de un hombre, y deseoso de inaugurar mi reinado con un acto espontáneo de clemencia: (...) Vengo a conceder al referido S.S. el indulto de la pena capital que se le ha impuesto, conmutándosela por la inmediata de cadena perpétua*».

GAROFALO, quien no se oponía a la aplicación de la pena de muerte, se enfrentó a su reemplazo por la cadena perpetua. Lo interesante de su argumento para esta

⁸⁰⁶ DE CARVAJAL y HUÉ, «Interpelación sobre el ejercicio de la gracia de indulto», p. 144: «*Con la abolición de la pena de muerte en nuestros Códigos desaparece la única pena irreparable e irreversible que aún queda en ellos; y purgados ya de esta tacha y establecido que sea el jurado, no encuentro razón alguna para abogar a favor del ejercicio de la gracia de indulto, la cual quedaría entonces reducida a un inmoral abuso para fines políticos favorables al Gobierno*».

⁸⁰⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *Comentario a Beccaria, De los delitos y de las penas*, pp. 26-27, 29.

⁸⁰⁸ A mero título de ejemplo: el escafismo, las mutilaciones, la hoguera, el desollaje o el pase por la quilla para los navegantes.

MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», pp. 56-58, 65-66, 77, sobre la exclusión de la nobleza de las torturas y sobre la obtención de la clemencia real para las élites por otros medios: «*Este grupo [la aristocracia] podía lograr la conmutación de las sentencias y el indulto por otros medios basados en las relaciones personales y en la intervención de aquellas instituciones en que ellos mismos podían prestar servicios a la Corona, o a las que estaban ligados por su nombre condición y privilegio*» (p. 65).

⁸⁰⁹ BENTHAM, *Works of Jeremy Bentham*, vol. I, p. 521, sobre el apoyo popular; CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 228, 270-272; HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, p. 256, § 998; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, p. 140; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, p. 706.

⁸¹⁰ Decreto de 20 de diciembre de 1934 (Gaceta de Madrid núm. 356, de 22 de diciembre de 1934), sobre petición del indulto en casos en que se hubiera impuesto la pena de muerte.

TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», p. 479.

⁸¹¹ ANCEL, *Capital Punishment*, pp. 27, 32-33, subraya la conmutación de la pena de muerte por otra pena que, usualmente se tratará de la pena privativa de libertad más larga que el ordenamiento nacional prevea; GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 130-131; LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 497. En ocasiones, en Estados Unidos de América se ha concedido el perdón presidencial a sentenciados a la pena de muerte –fue el caso de W. W., a quien el 23 de abril de 1852 le fue concedido el indulto por el Presidente Fillmore: «*I have granted, and do hereby grant unto him, the said [W. W.], a pardon of the offense of which he was convicted upon condition that he be imprisoned during his natural life; that is, the sentence of death is hereby commuted to imprisonment for life in the penitentiary of Washington*»; O. C., quien intentó el asesinato del Presidente Truman, quien le otorgó el indulto el 24 de julio de 1952; o el de M. L. S., indultado por Eisenhower, quien le conmutó la pena de muerte por la de «*life imprisonment without parole*» el 25 de marzo de 1960–. Esa misma tipología de conmutación (de la pena de muerte a la cadena perpetua) fue también practicada en Sierra Leona tanto el 27 de abril de 2011 –con motivo del 50 aniversario de la independencia de Gran Bretaña fueron conmutadas todas las sentencias a pena capital por la cadena perpetua– como el 27 de abril de 2014; o en Hong Kong, país en el que desde 1966 a 1993 (cuando la pena de muerte fue abolida) a todo condenado a muerte se le conmutaba a cadena perpetua a través de la figura del indulto.

investigación en este punto es que aducía que el efecto de eliminación del autor que se pretendía alcanzar con la pena de muerte no era susceptible de ser sustituido por el de reclusión perpetua porque ésta no era absoluta, al no impedir el regreso del delincuente a la sociedad. Entre las causas que destaca, acentúa la alta probabilidad de que el criminal sea liberado a través de los indultos y las amnistías⁸¹².

Si a título meramente hipotético pudiera imaginarse la reintroducción de la pena de muerte en nuestro sistema punitivo, sería preferible que, en atención a los principios inspiradores del tenor del art. 15 CE, se pudiera indultar a aquellos condenados a la pena capital a que no pudiera otorgarse ese perdón⁸¹³. Esa era justamente la inspiración de la Ley de 9 de agosto de 1873⁸¹⁴, en cuyo art. 1 quedaba abolida la gracia de indulto de las penas impuestas, a salvo la de muerte.

Este ejemplo de derogación de la figura de la gracia tenía como precedente el Código Penal francés de la Revolución⁸¹⁵, fechado el 6 de octubre de 1791, cuyo artículo 13 del Título VII de la Primera Parte rezaba: «*L'usage de tous actes tendant à empêcher ou à suspendre l'exercice de la justice criminelle, l'usage des lettres de grâce, de rémission, d'abolition, de pardon et de commutation de peine, sont abolis pour tout crime poursuivi par voie de jurés*». Los motores que impulsaron dicha derogación fueron el abuso que se había hecho de las facultades graciosas por parte de la monarquía⁸¹⁶, la nueva defensa que se asumía respecto del principio de separación de poderes⁸¹⁷ y la consideración del indulto como reflejo de la desigualdad de los ciudadanos ante la ley⁸¹⁸. En este mismo sentido se pronunciaba el proyecto de Constitución girondina, presentada en la Convención nacional celebrada los días 15 y 16 de febrero de 1793 por Nicolás de Caritat, marqués de Condorcet⁸¹⁹. Posteriormente, el 4 de agosto de 1802, el *Senatus-Consulte du 16 Thermidor An X*, no solo declaró a Napoleón Bonaparte cónsul vitalicio sino, en su art. 86, revivió la figura del perdón: «*Droit de faire grâce. Le Premier consul a droit de faire grâce. Il l'exerce après avoir entendu, dans un conseil privé, le grand-juge, deux ministres, deux sénateurs, deux conseillers d'Etat et deux juges du Tribunal de cassation*».

Si no existiera diferencia alguna de la pena a aplicar con independencia del hecho cometido, si las penas no guardaran sistemáticamente proporción con aquéllos (fueran, así,

⁸¹² GAROFALO, *La criminología*, p. 342.

⁸¹³ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 409; KEATING, «Executive clemency: an ancient power and a modern solution», p. 12; KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», pp. 36-37, 47; MOORE, K. D., *Pardons*, p. 176, destaca la práctica de concesión de indultos automática entre algunos gobernadores de Estados Unidos de América contrarios a la pena de muerte; NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 85-87; SARAT, *Mercy on trial*, pp. 1-16, 34-68; WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 36, 67.

⁸¹⁴ Publicada en Gaceta de Madrid, de 12 de agosto de 1873, vino a derogar la LI hasta que fue dictado el Decreto de 12 de enero de 1874 (Gaceta de Madrid núm. 13, de 13 de enero de 1874).

⁸¹⁵ Duramente criticado por GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, pp. 164-168.

NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», p. 1314 y RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 582-583, aluden a su derogación en términos meramente descriptivos.

⁸¹⁶ TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», p. 485; VIDAL, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, p. 715.

⁸¹⁷ RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 584.

⁸¹⁸ ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», p. 18; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 597-598; MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 309.

⁸¹⁹ Art. 2, Sección 3ª de la justicia penal del Título X de la Administración de Justicia: «*Le droit de faire grâce ne serait que le droit de violer la loi; il ne peut exister dans un gouvernement libre, où la loi doit être égale pour tous*».

desproporcionadas), tendría sentido –e incluso se podría reputar ineludible– poder introducir dicha proporción a través de un mecanismo indulgente, aunque extraño, que auxiliara a corregir el defectuoso sistema⁸²⁰.

Esa fue la filosofía motriz del art. 3 de la Ley de 9 de agosto de 1873, en virtud del cual se permitía la conmutación de penas perpetuas; y la que proyectaba en el posterior Real Decreto de 22 de octubre de 1906 disponiendo que los penados de cadena, reclusión, relegación perpetua y extrañamiento perpetuo fueran indultados a los treinta años de cumplimiento de la condena⁸²¹.

Como advierte ACALE SÁNCHEZ⁸²², el art. 29 del CP de 1870⁸²³ hizo que, a través de la utilización de la figura del indulto, las penas perpetuas dejaran de serlo. Con la introducción de dicho precepto desapareció, como regla general, la cadena perpetua⁸²⁴. VIADA y VILASECA, citado por dicha autora, apuntó, al tiempo que comentaba dicho artículo, que la redacción que se le había dado, en el que se utilizaba el imperativo «*serán indultados a los treinta años de cumplimiento*», alejaba el indulto de su esencia, convirtiéndolo en un derecho. Para CADALSO, la disposición se distanciaba de la gracia, debiendo obedecerse lo que no eran sino preceptos terminantes de la ley penal⁸²⁵. Transcurridos esos treinta años debía otorgarse la libertad, sin necesidad de que el

⁸²⁰ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, p. 179: «*Cuando no hay diferencia en la pena, conviene introducirla en la esperanza de gracia*».

⁸²¹ RD de 22 de octubre de 1906 (Gaceta de Madrid núm. 296, de 23 de octubre de 1906), cuya Exposición de motivos comenzaba: «*Las penas perpetuas de cadena, reclusión, relegación y extrañamiento tienen en nuestro Código penal (art. 29, párrafo 1.º), la índole de penas retenidas, toda vez que a los treinta años de cumplimiento de la condena requieren el indulto como trámite absolutamente indispensable para obtener la libertad. Es una secuela de las prácticas penales precedentes al Código penal, en que se imponía el presidio con retención, que es un[a] verdadera pena ilimitada*». Dicho Real Decreto se complementó con la Real Orden de 12 de noviembre de 1906 (Gaceta de Madrid núm. 317, de 13 de noviembre de 1906), por la que se dictaban reglas para la aplicación de aquél.

GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, pp. 143-148, 179-181, 188, 205-206, defiende su extensión a todo tipo de penas, apoyando su adopción efusivamente: «*No hay pena perpétua para el hombre que se corrige. El trabajo, la buena conducta, el arrepentimiento, rompen siempre la cadena del presidiario. Después de treinta años de espacion, los condenados á las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y a la de extrañamiento perpetuo, serán indultados; la ley acaba de proclamarlo, a no ser que por su conducta ó por otras circunstancias graves no fuesen dignos del indulto, á juicio del Gobierno*» (p. 179). GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA apunta a que ello no obsta para recibir el indulto, aun no cumpliendo los requisitos legales; pero de cumplirse: «*La liberación, de que tratamos, tiene condiciones propias y características, cumplidas las cuales, el reo puede estar seguro de merecerla y de adquirir el indulto. Premio de su buena conducta, de su obediencia, de su laboriosidad, de su paciencia en el sufrimiento, de su enmienda y corrección, no puede serle arbitrariamente negada y tiene un derecho indisputable y exigible a que le sea otorgada por el Gobierno, pues que de antemano le ha sido concedida por la ley llenando las condiciones requeridas*» (p. 180).

CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 182, defiende asumir dicho modelo de «*indulto ex lege*» para la prisión permanente revisable.

⁸²² ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho, Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Monografía de la Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal, núm. 24, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 32-33.

⁸²³ Art. 29 *ab initio* CP 1870: «*Los condenados a las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y a la de extrañamiento perpetuo serán indultados a los treinta años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, a juicio del Gobierno*».

⁸²⁴ Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 587; SERRANO TÁRRAGA, «La prisión perpetua revisable», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2012, pp. 169-170, justifica la instauración de dicho límite al entenderse que la perpetuidad de las penas se oponía al principio de enmienda del condenado.

⁸²⁵ CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 266-267.

condenado solicitara su indulto⁸²⁶, salvo que fuera indigno de merecerlo –indignidad que habría de ser concretada, para evitar la arbitrariedad del Gobierno–⁸²⁷.

Se preferiría la concesión del indulto que su no otorgamiento, no porque dicha figura se erigiese como solución óptima y adecuada, sino por constituirse como un mecanismo que auxiliaría, cual *parche*, a remediar ese déficit⁸²⁸. La solución que se pondera y defiende como adecuada –y que el correlato empírico-histórico ha respaldado en nuestro ordenamiento interno– habría de pasar por la abolición de la pena de muerte y de todas aquellas penas inhumanas o degradantes que puedan existir.

Pero mientras exista la posibilidad de aplicar la pena capital, concurrirá la necesidad de que se pueda ofrecer una salida a ella, aunque tenga que efectuarse por la vía del perdón⁸²⁹. Esa es la idea que refleja el art. 6. 4 PIDCP, los arts. 7 y 8 de las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984; y el art. 4.6 CADH⁸³⁰: mecanismo defensivo para proteger los derechos de las personas condenadas a muerte (arts.

⁸²⁶ VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870, concordado y comentado*, Establecimiento tipográfico de Luis Tasso, Barcelona, 1874, p. 89: «*adviértase que no dice: podrán ser indultados, sino serán indultados; luego lo que la Ley les concede no es una gracia, sino un derecho; el Gobierno, por lo tanto, cumplidos los treinta años de condena por el reo, sin haber incurrido éste en faltas ó delitos nuevos que afeen su comportamiento, y sin que le comprendan estas circunstancias graves que a su tiempo se fijarán sin duda, debe otorgarle la liberación a que se ha hecho acreedor, sin necesidad de que por éste se formalice instancia alguna*».

⁸²⁷ VIADA Y VILASECA, *ibid.*, p. 89: «*El artículo no dice cuáles son estas circunstancias graves; de creer es que en los reglamentos que a su tiempo se dicten para la ejecución de este artículo se determinarán y precisarán estas causas, que al indulto se opongan, pues de lo contrario, sería dejar abierta na ancha puerta a la arbitrariedad gubernamental*».

⁸²⁸ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 21, 25, 191-194, destaca el papel del indulto como remedio jurídico y su interacción con la pena de muerte. En este sentido, acogiendo las anteriores tesis, HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, p. 116.

⁸²⁹ Así ocurrió el 3 de junio de 1999, fecha en que Boris Yeltsin, presidente de la Federación de Rusia, aprobó un Decreto en virtud del cual concedía el indulto a 713 condenados a muerte que debían ser ejecutados en Rusia, con motivo de la adhesión de dicho país al Consejo de Europa el anterior 28 de febrero de 1996 (<http://www.elmundo.es/elmundo/1999/junio/03/internacional/yeltsin.html>, consultado el 2 de marzo de 2016). Cuando se produjo dicha adhesión, se impuso una moratoria sobre la pena de muerte en Rusia y se reemplazó por la cadena perpetua, con motivo de la adaptación de las nuevas exigencias al orden internacional que conllevaba su incorporación al Consejo de Europa. Esa moratoria expiró el 1 de enero de 2010. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ruso la extendió en noviembre de 2009 (en su decisión núm. 1344-O-R/2009, emitida el 19 de noviembre de 2009) a la espera de que se ratificase el Protocolo núm. 6 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, firmado por la Federación de Rusia el 16 de abril de 1997, pero aún no ratificado. La concesión de indulto se produjo tiempo después de la adhesión de Rusia, lo que motivó críticas de Amnistía Internacional que, en su informe «Contra la Pena de Muerte», publicado en diciembre de 1996, afirmaba que: «*Anatoly Pristavkin, presidente de la Comisión de Indulto Presidencial, declaró públicamente en noviembre que 140 presos habían sido ejecutados en 1996, 103 de ellos después de que el país se uniera al Consejo de Europa. Anatoly Pristavkin declaró a AI en octubre que había 455 condenados a muerte en espera de que se tomara una decisión sobre sus peticiones de indulto*».

NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», p. 1329.

⁸³⁰ Es en atención a dicho precepto por lo que Guatemala pretende recuperar activamente el uso de la figura del indulto para reactivar la posibilidad de imposición de pena de muerte. En ese sentido se ha presentado una iniciativa de ley el pasado 10 de marzo de 2016: «*presentaron una iniciativa de ley para que se restituya el derecho al indulto de condenados y se pueda aplicar la pena de muerte en Guatemala*» (<http://www.congreso.gob.gt/noticias.php?id=7242>, consultado el 15 de marzo de 2016).

4. 2 PIDCP y 27. 2 CADH)⁸³¹. Sin embargo, su empleo no debe admitirse como solución definitiva porque no dejaría de representarse como un indeseable subterfugio.

La respuesta que se propone ante la eventual aplicación de la pena de muerte habría de pasar porque no solo sean abolicionistas de la pena capital (en la ley o en la práctica) 141 países⁸³² sino todos los Estados, por su erradicación de sus ordenamientos jurídicos y por la paralela supresión de cualquier pena que pueda ser considerada cruel o degradante.

Se constata que la anterior solución ha sido precisamente la asumida por el devenir de nuestro ordenamiento nacional, desplazando de esta forma el mecanismo consistente en acudir a la figura del perdón como remiando jurídico en estos supuestos.

| | | |
|---|---|---|
| 1 | Penas de muerte y aplicación de penas crueles y degradantes | Abolición de la pena de muerte y de penas crueles y degradantes |
|---|---|---|

4.3.2. El indulto como instrumento de proporcionalidad

La segunda justificación dada a la figura del indulto, atendida la finalidad de su utilización, está estrechamente relacionada con la anterior, ya que se fundamenta en la debida proporcionalidad de las penas efectivamente aplicadas⁸³³. El indulto, se aduce, habrá de ser concedido en aquellos supuestos en que la pena a imponer sea desproporcionada en atención a las concretas circunstancias del caso⁸³⁴, no considerados al dictarse sentencia⁸³⁵, y cuando la solución a alcanzar por la justicia material no coincida con la infligida por la estricta justicia

⁸³¹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz, Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ed. Pathenon, Madrid, 2007, p. 442.

⁸³² Informe global de Amnistía Internacional, «Condenas a muerte y ejecuciones 2016», emitido el 11 de abril de 2017, pp. 26, 44.

⁸³³ DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», pp. 513, 515; GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 90-103; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 108-110; MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 317; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 576, 599; MALUENDA MARTÍNEZ en MALUENDA MARTÍNEZ/DE URBANO CASTRILLO, «El indulto: la cara y la cruz»; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, pp. 437-438; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 163, 242-243, 267-269, 280, analizando estos supuestos, llega a acuñar la sugerente imagen de un «sistema de fracciones reductoras cuya dimensión se proporciona con la duración de la pena» (p. 163). Según dichos autores, el indulto serviría cual institución de derecho, necesaria para alcanzar la equidad en la retribución del delito o la individualización de la pena; su empleo no tendría como objetivo enmendar el rigor de la hipótesis legal genérica, sino la desproporción que puede padecerse al subsumir en aquel precepto el caso concreto.

⁸³⁴ Incluyendo en dicho análisis las «circunstancias sociales concurrentes» se posiciona el Magistrado GRANDE-MARLASKA GÓMEZ en el voto particular formulado a la SAN de 7 de julio de 2014 (delito contra las instituciones del Estado, delito de atentado, asociación ilícita y falta de daños). En el caso concreto, la atención a aquellas circunstancias, no fueron compartidas por la Sala Segunda del TS que informó el 3 de diciembre de 2015 negativamente la solicitud de indulto presentada tras la STS de 17 de marzo de 2015, con postura discrepante del Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ.

En contra, SIMMONDS, «Judgment and mercy», pp. 60-68, al entender que la particularidad única del sujeto es una abstracción vacía, resultado de la mistificación de las realidades concretas de la existencia social.

⁸³⁵ RUIZ y RODRÍGUEZ, *Tratado general de procedimientos criminales*, pp. xxxii-xxxiii.

formal⁸³⁶. Ya en la Ley I, del Título XXIV de la *Tercera Partida* de Alfonso X, se definió la merced real como el: «*tempramiento de la reciedumbre de la justicia (...): et nasce grant pro della*».

Aplicando los enunciados aristotélicos, el indulto se instituiría como el instrumento, cual regla de plomo de Lesbos, que serviría para rectificar la «justicia rigurosamente legal» para obtener una solución equitativa; resolviendo la asintonía derivada de la necesaria generalidad de la ley, que debe ser aplicada a un caso particular con rasgos excepcionales⁸³⁷.

Ese es el argumento utilizado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en sus resoluciones de 11 de enero de 1936 (expediente núm. 1480)⁸³⁸ y de 1 de febrero de 1936 (expediente núm. 1597) para acordar el indulto en sendos supuestos. En el primer caso, se aduce la necesidad de tener en cuenta las circunstancias del momento de la comisión del delito (que la pelea se produjo en una taberna de pueblo) y en la segunda resolución se apunta a la necesidad de considerar la situación militar en que se hallaba el reo al delinquir⁸³⁹.

De esta forma, la figura de indulto se convertiría en un mecanismo para suavizar los rigores de una legislación⁸⁴⁰ que, para un caso concreto, resultaría excesivamente severa⁸⁴¹. Dicha

⁸³⁶ CONSTANT, *Principes de politique*, pp. 37, 54-55, 313-314, llega a identificar el derecho de gracia como un mecanismo de conciliación de la ley general con la equidad particular (p. 314); como instrumento que repara no solo los errores de la justicia humana, sino la inflexibilidad como yerro de la justicia que también es (pp. 54-55). Acogiendo expresamente las tesis de CONSTANT, NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1325-1326.

MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 223; MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», pp. 294, 304; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 59-66, quien distingue entre *Gesetzlichkeit* y *Gerechtigkeit*; y entre *Normengerechtigkeit* y *Einzelfallgerechtigkeit* para apoyar el empleo de la figura del indulto en estos supuestos; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 43; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», pp. 68-69.

JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, p. 17: «*El perdón pertenece, en efecto, al ámbito extralegal, extrajurídico de nuestra existencia; como la equidad, y mucho más aún, es una abertura en la moral vallada, una especie de aureola en torno a la ley estricta: ¿no es la equidad esa excepción bienvenida que hacemos algunas veces a la exacta justicia? Los contornos rigurosos de la ley, por efecto del perdón, se tornan borrosos, difusos, atmosféricos; la justicia, con sus sanciones, se desdibuja por completo en la niebla de las aproximaciones evasivas*».

⁸³⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, pp. 86-87: «*Lo mismo es, por tanto, justo y equitativo, y siendo ambos buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro. Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es desde luego la índole de las cosas prácticas. Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido. (...) tratándose de lo indefinido, la regla es también indefinida, como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida, y como los decretos que se adaptan a los casos*».

RIVAS PALÁ, «Perdón y justicia transicional», pp. 350, 362.

⁸³⁸ Resolución de 11 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 18, de 18 de enero de 1936, p. 583, expediente núm. 1480.

⁸³⁹ Resolución de 1 de febrero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 35, de 4 de febrero de 1936, p. 1081, expediente núm. 1597.

⁸⁴⁰ SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», p. 1250, acuña el concepto clave de «*die außerrechtliche Milde*», alejado de la misericordia y de la benevolencia. Mismo autor, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 144-146, insiste en

institución se erigiría de esta forma, en atención a las circunstancias cambiantes del Derecho, del individuo o del entorno, como un mecanismo de adaptación⁸⁴², un medio auxiliar obligado para lograr justicia⁸⁴³, como el último escalón del sistema penal⁸⁴⁴, situado al más noble y alto nivel, dispuesto y empleado para alcanzar aquélla⁸⁴⁵. Vendría a llegar a asumirse al indulto, de esta forma, como una corrección de la justicia en virtud de la justicia⁸⁴⁶, como un mecanismo para franquear el abismo entre la justicia formal y la material⁸⁴⁷. Asunción que no resulta pacífica ni compartida⁸⁴⁸ y que debe ser altamente cuestionada porque, *per definitionem*, podría no existir consenso en establecer lo que supone alcanzar una solución justa (materialmente, separada del texto normativo) al depender, dicho concreto concepto, de cada operador⁸⁴⁹.

KOBIL ilustra la potencial falta de unanimidad, en el marco de las decisiones de indulto, con un ejemplo para la sociedad estadounidense de 1991. Dicho autor cuestiona ¿cómo debería tratarse el caso de un activista antiabortista que infringe la ley, bombardeando una clínica de aborto? Asumiendo que el activista actuó por una firme y sincera creencia religiosa, convencido de que estaba salvando vidas actuando así, es difícil afirmar,

que, para el indulto, el concepto clave, más que la equidad es la *Milde*: «*Der Gnade ist aber noch etwas anderes eigen, das nicht nach Gerechtigkeit geht; nicht aus der Gerechtigkeit kommt; nicht mit der Elle der Gerechtigkeit gemessen werden kann. Das der Gnade eigentümliche Agens ist die Milde*».

⁸⁴¹ CERVANTES, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, Segunda Parte*, 1615, en Ed. Mellado, Madrid, 1845, 2ª ed., cap. XLIII, p. 370, de los consejos segundos que dio Don Quijote a Sancho Panza: «*Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo. Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia*».

GARCÍA MAHAMUT, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», p. 619; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», p. 130.

⁸⁴² HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», p. 414; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 6-7, 92-94, sobre su función de adaptación (basada en la equidad, pero también en la persona y el círculo vital del condenado); WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 15-16.

⁸⁴³ BONNEVILLE, *Traité des diverses institutions complémentaires du Régime pénitentiaire*, p. 91, quien le otorga además la función de garantía esencial de la distribución equitativa de las penas, así como móvil de la regeneración penitenciaria. Interesante concepción de dualidades en el seno de un ámbito de tensión, HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», pp. 413-414 entre el principio de legalidad y la justicia del caso concreto; y el principio de cosa juzgada y la consideración de realidades modificadas.

⁸⁴⁴ QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 246, lo identifica como la «*última guinda*».

⁸⁴⁵ DÜRIG, «OVG Hamburg, Urteil v. 23.9.1960 – Bf. I 203/59», en *JuristenZeitung*, 1961, núm. 5/6, p. 166; MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 34-35; MONZ, «Die Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, cuaderno 4, pp. 138-139, 141 asumiendo la posición de RADBRUCH, concluye: «*Es ist auch gesagt worden, dass Recht ohne Gnade Unrecht sei*». Destaca en este punto, como adalid de la figura, SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», p. 1251. HOLSTE, «Die Begnadigung – Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», pp. 738-742, lo configura como elemento que corona el sistema. En contra, HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», p. 122.

⁸⁴⁶ CLAVERO, «Justicia y gobierno, economía y gracia», p. 10: «*La gracia presentaba una vertiente importante de corrección de la justicia que se entendía como forma de cumplimiento de la misma. (...) La gracia corregía justicia en virtud de la justicia misma. Sin un mundo, el de la gracia, no se entiende el otro, el de la justicia. El ejercicio de ambas era sistemático y concurrente*».

⁸⁴⁷ DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», pp. 358-359.

⁸⁴⁸ BARNETT, «The grounds of pardon», p. 498.

⁸⁴⁹ BARNETT, *ibid.*, p. 529; DWORKIN, *Taking rights seriously*, Ed. Bloomsbury Academic, Nueva York, 2011, reemp., p. 128.

mantiene KOBIL, que es moralmente culpable, de la misma forma que cuando alguien destruye un banco para robarlo. A pesar de todo, aquellos que ven el aborto como un derecho constitucional de la mujer garantizado por la Constitución, no dudarán en considerar la acción como moralmente censurable y discutirán que una mitigación del castigo sea inapropiada⁸⁵⁰.

La *Exposición de Motivos* de la LI proclama como uno de los objetivos perseguidos por el legislador de 1870 superar: «*las consecuencias siempre lamentables de la inflexibilidad de la sentencia ejecutoria, que por mil variadas causas conviene en ciertos y determinados casos suavizar, a fin de que la equidad, que se inspira en la prudencia, no choque nunca con el rigor característico de la justicia*». Siendo así que, insiste, al acordarse una medida de gracia como el indulto, ha de tenerse en consideración aspectos tales como la justicia, la equidad y la conveniencia social. Conectado lo anterior a la previsión del art. 4.3 CP, en el preámbulo de la LI expresamente se menciona la posibilidad de que Jueces y Tribunales propongan el indulto del sentenciado cuando crean «*que la justicia o la equidad pueden sufrir agravio por el inflexible rigor del precepto escrito*»⁸⁵¹.

Recordando la data de la LI, en este punto del análisis resultan esclarecedoras las apreciaciones que efectuó MARQUINA y KINDELAN al describir el rígido entorno legislativo en 1900, para comprender éste y el encaje del indulto en él. La tesis que mantuvo aquel oficial del Ministerio de Gracia y Justicia estaba basada en la asunción de una normativa inflexible que impedía el necesario proceso de adaptación de los magistrados al aplicar la ley al supuesto concreto. Esa limitación había surgido como respuesta a una práctica descontrolada y libre de aquéllos, que se pretendía acotar. En esas ansias restrictivas, el legislador se excedió, impidiendo a los jueces un mínimo de flexibilidad que, por consiguiente, había de alcanzarse a través de la figura del indulto. Su empleo, como el propio MARQUINA y KINDELAN advirtió, vendría a configurarse como *antídoto* frente a una imperfecta legislación que, de mejorarse y de ensanchar la limitada esfera acción de los Tribunales (tanto en la aplicación de las penas como en la ejecución de las mismas⁸⁵²), vendría a desplazar el uso que, cual remedio y mientras ello acaeciese⁸⁵³, se otorgaba al indulto⁸⁵⁴.

Lo que normativamente se avala en estos casos es: **(i)** la imposibilidad de que el órgano sentenciador se aparte del texto de la ley penal, aun cuando ésta devenga en desproporcionada para el caso enjuiciado y el impedimento para atender principios generales tales como la proporcionalidad, la equidad o la justicia⁸⁵⁵; y **(ii)** la corrección de dicho defecto por parte del poder ejecutivo a través de la figura del indulto⁸⁵⁶.

⁸⁵⁰ KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 632.

⁸⁵¹ Sobre el indulto como instrumento de equidad, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, p. 107; NIETO MARTÍN, «Cuestionario sobre el derecho de gracia», p. 187, en relación con la previsión contenida en el art. 4. 3 CP, indica: «*El principio de proporcionalidad de la pena es, por tanto, el criterio rector de las peticiones de indulto por parte del tribunal sentenciador*».

⁸⁵² MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 31-32.

⁸⁵³ MARQUINA y KINDELAN, *ibid.*, p. 33.

⁸⁵⁴ MARQUINA y KINDELAN, *ibid.*, pp. 30-33.

⁸⁵⁵ BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», pp. 21-24.

⁸⁵⁶ BROWN, «The quality of mercy», pp. 329-330, 335; ESPINA, «La reforma del indulto», sobre el punto de partida de desconfianza hacia el funcionamiento normal de la administración de justicia y al papel del poder ejecutivo como «*desfacedor de agravios y enderezador de entuertos judiciales*».

En este sentido, siguiendo la formulación acuñada por BACIGALUPO ZAPATER, «*el indulto aparece como una especie de “recurso” de equidad, que puede promover inclusive el Tribunal de la causa, ante el Ejecutivo. En efecto, excluida de las facultades judiciales la posibilidad de introducir en la aplicación de la ley consideraciones de justicia y proporcionalidad de la pena, esta materia queda en manos del Ejecutivo*»⁸⁵⁷.

La legislación penal, como los contratos –contrato social para permitir la convivencia–, es, *per se*, incompleta e indefinida⁸⁵⁸. Es fragmentaria porque su elaboración se basa en un forzoso proceso de abstracción⁸⁵⁹, aproximación⁸⁶⁰ o generalización⁸⁶¹. La normativa penal no puede prever hasta el último de los supuestos que, en la práctica, pueden acaecer⁸⁶². Si el Derecho penal se basa en la comisión de un delito, en el incumplimiento de determinadas normas a los

⁸⁵⁷ BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», en Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 48, núm. 3, 1995, pp. 853-861: «*Esta conclusión demuestra que la cuestión de si el juez en el caso concreto se debe limitar a una interpretación que deje en manos del Ejecutivo una especie de corrección de equidad de su sentencia o si, por el contrario, debe extremar las posibilidades interpretativas para lograr una solución justa del caso concreto, depende básicamente de un determinado preconcepto sobre la división de poderes y, por lo tanto, de los límites de las facultades del Poder Judicial en un marco constitucional específico, lo que, a su vez, constituye un problema hermenéutico, que también se apoyará en otros preconceptos necesarios para la interpretación de la Constitución*» (p. 861).

⁸⁵⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. 87.

⁸⁵⁹ BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», pp. 21, 24; BETTIOL, p. 35; MANZINI, *Pene-Misure di sicurezza-Cause estintive del reato e della pena-Fine della Parte Generale*, p. 433; MEYER, «The Merciful State», pp. 86-87; MORESO MATEOS, «Sobre la generalidad de las leyes: L. Hierro y F. Laporta», comunicación remitida con motivo del Seminario en Homenaje a los Profs. Hierro y Laporta, el 25 de noviembre de 2016, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, pp. 4-6.

⁸⁶⁰ ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, pp. 110-111, § 1139-1140.

⁸⁶¹ GINER y CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, pp. 90-91: «*El segundo orden de injusticias [la primera es el abuso de facultades] nace de la aplicación rigurosa de la ley. Es ésta en el fondo una generalización empírica, basada en la observación de cierto número de datos experimentales, y extendida de aquí a todos los casos que puedan parecer exteriormente comprendidos en el mismo grupo que los observados. De aquí se engendra la posibilidad de que surjan hechos que, aun presentando una apariencia idéntica a los regidos por la prescripción legal, y estando, por tanto, comprendidos en su letra, sean, no obstante, en realidad, de muy diversa naturaleza jurídica. La aplicación literal de la regla sería en estos casos inadecuada y produciría necesariamente injusticia (summum jus, summa injuria); (...) Entonces, hay que sacrificar el derecho aparente al verdadero, que toma ahora el nombre de equidad*».

BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», pp. 20-21; GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 907.

⁸⁶² CADALSO, *La libertad condicional*, p. 266; CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, pp. 423-425, §§ 707-709; DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, p. 401; GINER y CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, pp. 88-93: «*El Derecho, para su aplicación en la vida social, se traduce en reglas generales (...). La regla positiva, como expresión de la opinión del sujeto acerca de lo que, en una situación dada, debe ser tenido por justo, recibe un valor del principio del Derecho, que no es una norma meramente general, sino que encierra la determinación individual de lo que, en vista de todas las circunstancias, procede en cada caso. Mas puede acaecer, por virtud de la humana limitación, que la regla establecida, la cual nos parecía justa a primera vista y en su expresión genérica, no lo sea en absoluto, sino solo para la mayoría de los casos, por no acertar a traducir con exactitud la verdadera regla natural que a la sazón sería justa, y produzca con esto injusticia. (...) Para evitar esta contradicción, (...) el principio mismo del Derecho, que, en esta función, constituido en norma para rectificar las injusticias que podría ocasionar la aplicación rigurosa de la ley positiva, recibe el nombre de equidad*». En el mismo sentido, a favor de la utilización de la figura del indulto en estos escenarios, RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», pp. 39-41, subraya la potencial disfunción para casos futuros, a resolver a través de la constitución de una comisión.

En relación a la ley abstracta en general, ARIÑO ORTIZ, «Leyes singulares, leyes de caso único», en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, enero-abril de 1989, p. 62: «*La idea de la ley como ratio, que preside el pensamiento de la Escolástica, postula ya desde su origen la nota de la generalidad. Es medida de conductas y no puede haber tantas medidas como cosas a medir*».

que se anuda una consecuencia jurídica especialmente cualificada, la pena, –Derecho penal como Derecho de incumplimiento– resulta materialmente imposible que se puedan acotar las múltiples formas y variantes en que dichos incumplimientos pueden darse en la realidad⁸⁶³. Utilizando las ilustrativas palabras dictadas por el Juez TATTING en el cuento de FULLER: «*No puedo dejar de lamentar que el señor Fiscal haya creído adecuado acusar por asesinato. Si tuviéramos una disposición en nuestras leyes declarando un crimen el comer la carne humana, ello hubiera constituido una acusación más apropiada*»⁸⁶⁴.

Partiendo de que el razonamiento jurídico descansa, entonces, en un mecanismo de reducción de la complejidad⁸⁶⁵, se afirma –también lo asumen los propios órganos judiciales⁸⁶⁶– que cuando de la aplicación estricta de la ley se deriven situaciones de extrema severidad, la imposición de penas desproporcionadas, crueles e injustas para el condenado⁸⁶⁷, debe

⁸⁶³ Razón por la cual en el Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 25 de febrero de 2014 (causa especial 20.716/2009) se señala que la falta de proporcionalidad alegada en una solicitud de indulto: «*no justificaría un indulto total (...), pues nunca supondría la desaparición de la necesidad de la pena*»; sino una modulación y rebaja de la respuesta punitiva.

⁸⁶⁴ FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. por CARRIÓ/NIILUS, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, 2ª ed., p. 46.

⁸⁶⁵ Vid. MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 115-117.

⁸⁶⁶ Entre muchas y para remarcar la continuidad histórica: STS de 3 de mayo de 1968 y de 4 de marzo de 1969: «*puede aquél, al efectuar su labor individualizadora de juzgar las conductas, calificándolas y penándolas, de acuerdo con las normas legales dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 2.º párrafo 2.º del Código Penal, proponiendo al Gobierno la atenuación de la pena resultante, a medio del indulto, cuando estime en conciencia que el delito juzgado resulte excesivamente penado en el caso concreto, debiendo operar así para corregir la desproporcionada, fría y excesiva justicia, a medio de juicio equitativo, que temple la "acerbitas" y "durezza" por medio de la aplicación de los más altos principios de la ética cristiana y natural, de tanta raigambre, como son los de la "caritas", "humanitas" y "benignitas"*»; STS de 15 de julio de 1982; STS de 11 de enero de 1995; STS de 20 de febrero de 2013; STS de 6 de junio de 2014: «*La finalidad del remedio extraordinario del indulto es la de atenuar la excesiva dureza de las penas en casos concretos. Esa exigencia de equidad, perdón o, si se quiere, clemencia está también presente, desde la Antigüedad, en todos los sistemas de Derecho. La potestad de decidir en cuanto al fondo en la delicadísima misión de templar en ocasiones excepcionales un rigor excesivo de la justicia con la apreciación de consideraciones de equidad no es, en cuanto a la procedencia y oportunidad de la decisión, susceptible de control jurisdiccional ni tampoco de ser sustituida por los Tribunales de justicia. Desde la época romana hasta hoy se ha afirmado, en todos los sistemas, que el perdón o el indulto son libres y se conceden por razones de bondad y de equidad, no por formulismos legales: "Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat" (Séneca, De Clementia, II, 7). (...) La potestad de mitigar la dureza de una condena, en todas las ocasiones en las que ello sea de razón, es atribuida normalmente a los Jefes de Estado, dado que se sitúan en el vértice de todos los poderes en los que se divide la organización democrática de éste y pueden, como auténtica excepción a la cosa juzgada, intervenir mediante un acto extraordinario de perdón o de clemencia*»; o los ATC de 5 de octubre de 1990: «*determinadas circunstancias fácticas pueden dar lugar a que, en ocasiones, las penas impuestas como consecuencia de un ilícito pierdan total o parcialmente su significado legal y constitucional. Precisamente para ello existe la figura del indulto que permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material del caso*» y de 29 diciembre de 1998.

Para recopilatorio de jurisprudencia, vid. GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 100-103.

⁸⁶⁷ VON LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 440, apunta esta finalidad, pero no aislada: «*Sie soll dazu dienen, den starren Verallgemeinerungen des Rechts gegenüber die Forderungen der Billigkeit (freilich immer nur zugunsten des Verurteilten, nie umgekehrt) zur Geltung zu bringen; sie kann dazu dienen, einen (wirklichen oder vermeintlichen) Irrtum des Richters zu verbessern oder der Politik auf Kosten des Rechts zum Siege zu verhelfen*». QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, p. 829, sobre los indultos particulares, citando a DEL TORO: «*Su carácter de gracia se ve superado por su carácter de acto de justicia (...) en virtud del cual se individualiza la pena más allá de lo que permiten las siempre generalizadoras fórmulas legales, las cuales no pueden a veces evitar que su estricto cumplimiento dé lugar a resultados injustos. (...) es recomendado por los propios Tribunales, al menos cuando se percatan de la imposibilidad técnica de alcanzar*

acudirse a la figura del indulto⁸⁶⁸ para paliar el rigor legal y alcanzar una solución proporcionalmente justa⁸⁶⁹.

Por consiguiente, el indulto se instituiría en necesario suplemento de la legislación penal⁸⁷⁰ y de la equitativa administración de justicia⁸⁷¹, como un mecanismo funcional imprescindible de individualización de la ley penal⁸⁷².

el “fallo justo”. Desde el punto de vista político-criminal, el indulto particular resulta por eso una institución imprescindible, mediante la cual se puede alcanzar el real cumplimiento de los principios que deben dominar el sistema penal»; LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», pp. 506, 509.

⁸⁶⁸ Exposición de Motivos del Decreto de 12 de enero de 1874 (Gaceta de Madrid núm. 13, de 13 de enero de 1874): «Mientras el estado de cosas subsista, deber, y deber imperioso es, buscar el remedio más análogo y práctico que pueda aplicarse para templar en casos excepcionales el posible rigor de la ley penal, o atenuar cuando hay motivos poderosos y evidentes los efectos de la pena que se está sufriendo. Y este remedio no es ni puede ser otro que el indulto otorgado».

En este sentido, GINER y CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, pp. 91-93; MANZINI, *Pene-Misure di sicurezza-Cause estintive del reato e della pena-Fine della Parte Generale*, pp. 432-433: «per quanto formalmente giusta, una condanna, nel caso individuale, può risultare materialmente ingiusta o inopportuna. Questi eccezionali contrasti sono conseguenze inevitabili del modo di formazione della norma penale espressa dalla legge e applicata nella sentenza. La norma penale è frutto d'un proceso d'astrazione, per il quale essa prende, dal punto di vista della sua rispondenza ai casi concreti, un carattere quasi idéntico a quello delle normalità statistiche ricavate con il calcolo dei grandi numeri. Vi è sempre una maggiore o minore quantità di fatti specifici, che male si adatta alla nozione e alla disciplina astratta e generica. Di guisa che la potestà di clemenza si può immaginare quale un coeficiente di riduzione e di correzione, non già degli errori giudiziari (per i quali sono disposti particolari rimedi), bensì delle inevitabili incongruenze pratiche della norma penale»; MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 210-211; MONZ, «Die Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen», pp. 138, 141, acogiendo las tesis de RADBRUCH; KLEIN, *Gnade ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 17-18, 56-57: «Die Gnade ist insoweit als individualisierende Gerechtigkeit anzusehen, denn sie wendet durch Lücken und Unvollkommenheiten des Gesetzes entstehende unbillige Härten ab. Die Verbindlichkeit der Norm wird bejaht, aber ihre Anwendung auf den konkreten Einzelfall als unbillig empfunden»; PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht*, pp. 55-59.

⁸⁶⁹ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, p. 861, 1, II: «Der große Regulator der Gesetzes- und Urteilswirkungen auf kriminellem Gebiete ist die Gnade»; DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, p. 399: «Son actos de justicia contra la justicia (y también de injusticia contra la injusticia), pues (...) se pretende corregir o evitar, en nombre de una justicia extralegal y hasta superior a la ley, conforme se dice a menudo, o sea, en nombre de una justicia “humana”, las injusticias reales que de la estricta y rigurosa aplicación de las disposiciones del derecho vigente, también llamado “positivo”, pueden provenir». Mismo autor, voz «Amnistía é indulto», p. 702; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 181-182; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 81 ss. (especialmente, pp. 111-112); para FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 24, la única razón que justifica la utilización del indulto: «Der eigentliche Wirkungsbereich des Begnadigungsrechts ist in der Begnadigung aus Billigkeitsgründen oder Gründen der individualisierenden Gerechtigkeit zu sehen. Ein Gnadenerweis wird in diesem Fall deshalb gewährt, um die durch Lücken und Mängel des Gesetzes entstehenden unbilligen Härten abzufangen».

⁸⁷⁰ HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», pp. 413-418; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 21, respecto de la segunda función que dicho autor asigna al indulto.

⁸⁷¹ ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, pp. 112-115, § 1144-1153: «§ 1152.- Dunque, lungi che il vero diritto di grazia indebolisca l'opinione tutelare delle pene, ne garantisce anzi la giusta applicazione. § 1153.- Quando si parla del diritto, non si parla di arbitrio. Quando si parla di diritto non si parla di deroga, ma di supplimento alle giuste leggi. Quando si parla di diritto non si parla di privilegio, ma si parla di doverosa moderazione. Quando finalmente si parla di diritto, non si parla di reale impunità, ma di necessaria e giusta umanità» (p. 115).

⁸⁷² DE CARRERAS SERRA, «El indulto en nuestro Estado de derecho», p. 1; KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 571; DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», pp. 630, 658-661: «no es, auténticamente, un acto de gracia, sino de justicia dirigido a individualizar la pena mediante la equidad» (p. 630); TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», p. 521; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2904.

Al margen de destacar con carácter preliminar que la rigurosidad en la aplicación del texto de la Ley por el órgano aplicador no puede ser sino deseable⁸⁷³, la cuestión ahora analizada nos adentra en la compleja e inextricable materia del concepto de justicia, de su formulación –si ello es posible–, de sus distintas vertientes⁸⁷⁴ y de su potencial conexión con la pluriforme⁸⁷⁵ idea de equidad⁸⁷⁶. Todo ello, dado que el basamento último para justificar la adopción del indulto bajo este argumento es la asunción de una disfunción entre justicia material y formal y la capacidad del Ejecutivo para solventar un problema que ni la ley ni los jueces han sido capaces de resolver⁸⁷⁷.

La defensa de la institución del perdón en atención a este argumento es un reconocimiento del distingo conceptual entre ambos tipos de justicia: la que se viene a verter en los textos que regulan las interacciones sociales (justicia positiva) y un concepto superior o abstracto (justicia material o equidad concreta⁸⁷⁸)⁸⁷⁹, definido como objetivo último al que tienen que aspirar (y

STS de 17 de enero de 1989 lo recoge así expresamente: «*La individualización de la pena es uno de los postulados de la dogmática penal que se traduce en las normas de dosimetría contenidas en el Código Penal, pero, a veces, no alcanza resultados satisfactorios y hay que acudir a una individualización, por vía del derecho de gracia, atendiendo a los plurales factores concurrentes en el hecho*». Más recientemente, STS de 20 de junio de 2003.

⁸⁷³ Entendida según la acepción quinta del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 23ª ed.: «*Propiedad y precisión*». Ya SÉNECA, *Los dos libros de clemencia, Libro Segundo*, pp. 64-65 apuntaba que la severidad no es contraria de la clemencia, porque «*ninguna virtud, es contraria de otra virtud*». La antítesis de la clemencia no sería la severidad (que conviene a la clemencia) sino la crueldad, definida como atrocidad del ánimo en la ejecución del castigo.

Más recientemente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de indulto», p. 17, pregunta retóricamente: «*¿se debe aplicar la Ley de otra forma?*».

⁸⁷⁴ Cfr. CAMPBELL, *La justicia, Los principales debates contemporáneos*, 2002 en Ed. Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 16-17 sobre los distintos enfoques del concepto de justicia que lo configuran caleidoscópicamente; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 377-393.

⁸⁷⁵ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 20-21.

⁸⁷⁶ Precisamente los principales ejes de la discusión ficticia concebida por FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*.

⁸⁷⁷ Así, SCHMIDT, «§ 100 – Begnadigung und Amnestie», p. 563. Muy citado el pasaje de RADBRUCH, «§ 24 Die Gnade», en DREIER/PAULSON (Dir.), *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, Ed. Hüthig-C.F.Müller, Heidelberg, 1999, pp. 163-164, en el que además de recordar los refranes alemanes «Recht ohne Gnade ist Unrecht» o «Gnade steht beim Rechte», defiende: «*Sinn der Gnade ist nun, das Spannungsverhältnis der streitenden Elemente der Rechtsidee anders und nach der Meinung des Gnadensubjekts besser zu entspannen, als es im Urteil entspannt wurde. Die Gnade kann die Aufgabe haben, gegenüber dem positiven Recht die Gerechtigkeit, gegenüber der schematisierenden Gleichheit der Gerechtigkeit die individualisierende Zweckmäßigkeit zur Geltung zu bringen. Sie kann auch das Ziel verfolgen, die innerhalb jedes dieser Elemente möglichen Antinomien anders, als im Urteile geschehen ist, zu lösen, etwa gegenüber der prozessualen Rechtskraft des Fehlurteils das materielle Recht, gegenüber der Gerechtigkeit die Billigkeit, gegenüber der spezifisch kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit die allgemeinpolitische Zweckmäßigkeit, die Staatsklugheit zur Geltung zu bringen*» (p. 163). En contra de esta postura, que tacha de anticuada, WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, p. 54.

⁸⁷⁸ ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, pp. 274-277, advierte en términos generales que las reglas jurídicas formalizadas nunca pueden expresar en forma exhaustiva todas las consideraciones y circunstancias relevantes. Al aplicarse la regla al caso concreto es inevitable que se produzcan resultados que no pueden ser aprobados por la conciencia jurídica como la expresión espontánea, no articulada, de valoraciones fundamentales. En consecuencia, ROSS destaca que todo el Derecho y toda la administración de justicia están determinados por un conflicto dialéctico entre dos tendencias opuestas: la tendencia a la justicia formal y la tendencia a la equidad concreta. Dicha liberación de tensión puede ser operada por el establecimiento de autorizaciones del legislador para que el juez actúe dentro de ciertos límites, toda vez que ninguna situación concreta da lugar a una aplicación única de la ley; la aplicación efectiva de la ley contiene márgenes intrínsecos.

cumplir efectivamente) dichas normas. Para alcanzar ese fin, el indulto vendría a suplir aquel déficit de individualización de la pena al caso concreto que convierte a la concreta pena a aplicar –según sus estrictos términos– en desproporcionada e injusta⁸⁸⁰. El indulto devendría operativo cuando la norma penal y la aplicación que de ella se ha hecho, no ha supuesto la realización de la justicia al supuesto concreto⁸⁸¹.

Sin embargo, se propone que la utilización de la figura del indulto para alcanzar una solución proporcionadamente justa se supere no por la transferencia de la potestad para la concesión del indulto al órgano enjuiciador como planteó FERRI⁸⁸², ni por su sustitución por la figura del perdón judicial⁸⁸³ o por la figura de la sentencia indeterminada; sino por la propia individualización de la pena y la determinación de ésta por dicho órgano⁸⁸⁴, por su

⁸⁷⁹ DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, p. 399: «En nombre de una justicia “humana” (...) «Cuanto sus preceptos se acomoden a los dictados de otro derecho denominado “natural” o “racional”». (...) “El *summum jus*”».

⁸⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, p. 828: «El derecho de gracia aparece como un instrumento que debidamente administrado puede servir para la realización de la justicia material en aquellos casos en que la estricta e inevitable aplicación del derecho dé lugar a resoluciones materialmente injustas o político-criminalmente inadecuadas, pues el Derecho positivo (formal) ha de subordinarse a las exigencias de justicia y puede ceder ante postulados político-criminales que resulten incompatibles con su dureza». Vid. HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», pp. 123-124 sobre la deconstrucción de la utilidad de la figura del indulto frente al aforismo «*summum ius, summa iniuria*».

⁸⁸¹ GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 54-55.

⁸⁸² FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, pp. 179-180; *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, Libro I, Ed. L'Universelle, Roma, 1921, p. 165: «Art. 82. A colui che sia dichiarato responsabile di un solo delitto e non sia stato altra volta condannato alla segregazione semplice o rigorosa, ancorchè sia intervenuta amnistia o riabilitazione, quando in suo favore concorrano eccezionali circostanze di minore pericolosità oppure il delitto sia molto lieve o sottoposto a sanzione inferiore alla segregazione semplice, alla detenzione rigorosa o dalla casa di lavoro e colonia agricola per minorenni, il giudice può accordare il perdono»; mismo autor, *Sociologia criminale*, pp. 844-845. En el mismo sentido, KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 120-127, a la que se añade la propuesta de una ley sobre la remisión o atenuación de las consecuencias jurídicas de la sentencia penal («Gesetz zum Erlaß und zur Milderung von Strafurteilsrechtsfolgen») –pp. 127-133–. Dicha propuesta de KLEIN es criticada expresamente por WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, p. 401, alegando que no puede dejarse en manos de los jueces una medida, de cuya aplicación son ellos en gran parte responsables. WIONTZEK propone que la potestad del indulto sea competencia de la Fiscalía, debido a la posibilidad de información sobre el condenado en la fase de ejecución.

⁸⁸³ Cfr. ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», pp. 5-22, 186-226, 411-443, quien lo defiende frente al indulto por aventajarlo en el sentido de la individualización (pp. 5, 439), por otorgar la facultad del perdón a órganos más capacitados (p. 8), permitiendo el tratamiento severo para incorregibles y mayores lenidades para reformables (p. 6) y una orientación al fin protector del delincuente (p. 200). ANTÓN ONECA lo definió como: «facultad concedida a los jueces para que, una vez comprobada la culpabilidad del reo, remitan la pena aplicable según la ley, en vista de las circunstancias especialísimas concurrentes en el reo, apreciadas conforme a su prudente arbitrio» (p. 7). Según dicho autor, sus fundamentos son: (i) ético –piedad– (pp. 192-201); (ii) técnico –individualización penal– (pp. 202-211); y (iii) práctico –la ficción– (pp. 211-226). Mismo autor, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 49, 103. También favorable, BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», p. 39.

SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 121, 269 identifica la presencia de dicha institución, si bien advierte el riesgo de confusión entre las funciones del juez y del legislador que de su utilización se podría derivar.

⁸⁸⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1470.

BOURGET, «Entre amnistía e imprescriptible», en ABEL O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992, pp. 46-47, en el sistema francés.

individualización en grado de ejecución⁸⁸⁵ (utilizando los «*beneficios “post sententiam”*»⁸⁸⁶) y, en último término –si ello fuera preciso–, por la elevación de una eventual cuestión de inconstitucionalidad cuando aquellos mecanismos no resultaran suficientes para hacer posible también dicha flexibilidad en el texto de la norma⁸⁸⁷. La flexibilización que se pretende buscar en el indulto cual instrumento consuetudinario⁸⁸⁸, se debe encontrar, como defendió SALEILLES⁸⁸⁹, en el texto de la ley, en la aplicación de éste y en la posibilidad de adecuar la pena en grado de ejecución⁸⁹⁰.

Ello, sin perjuicio de, como advirtiera ya SILVELA⁸⁹¹, la posible modificación (y propuestas de reforma⁸⁹²) de las normas penales que puedan prever penas desproporcionadas en aras de respetar el canon de constitucionalidad que no puede ser desatendido⁸⁹³. Si para un supuesto en concreto se detectase una desproporcionalidad entre el hecho típico y las consecuencias jurídicopenales anudadas a su comisión, lo que procederá será la reforma de aquel texto

⁸⁸⁵ En VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, pp. 10-11 se recoge como una preferencia, pero no como una necesidad general: «*Debería recurrirse de forma preferente a otras vías, como una mayor discrecionalidad judicial a la hora de determinar la pena o de vigilar su cumplimiento, o el aprovechamiento de instituciones individualizadoras de la determinación y ejecución de la pena, como la sustitución de la pena, la remisión condicional, el tercer grado o la libertad condicional, entre otras, que pueden solventar un buen número de casos*». FANEGA, «El indulto», pp. 112-113; HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», pp. 741-742, sobre el refinamiento de la técnica legislativa que permite una mejor individualización en la aplicación y ejecución de la pena, absorbiendo cuestiones que antes justificaban la utilización del indulto cuya existencia, dicho autor, estima no superflua.

⁸⁸⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1471; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 18.

⁸⁸⁷ BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», p. 862; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de indulto», pp. 12-13, 17-18.

⁸⁸⁸ SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, pp. 439-440: «*Aguardar para que se haga justicia á que lo pida el reo, el Tribunal, ó lo disponga el Gobierno, concederla excepcionalmente y como por gracia, establecer minuciosamente un poder ó un orden encargado de aplicar las leyes en los juicios criminales, instituir un sistema lento y detenido de procedimientos; y declarar después que los jueces están incapacitados para administrar justicia si se les deja latitud para tener en cuenta las condiciones del delito y del criminal, y los hechos posteriores á la condena, y que, para satisfacer la necesidad de que las penas sean siempre iguales y justas para todos, es necesario acudir al juicio del Ministro, que ha podido ocupar accidentalmente tan elevado puesto por las combinaciones de la política, preocupado con otros intereses y cuidados (...) es un contrasentido que sólo la costumbre puede hacer tolerable*».

⁸⁸⁹ SALEILLES, *L’individualisation de la peine, passim*, especialmente pp. 11-13, 14 (sobre el sistema de individualización legal, judicial y administrativo –penitenciario–), pp. 201-266 (individualización legal y judicial) y pp. 267-284 (individualización administrativa).

⁸⁹⁰ MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, pp. 75-76, 79-102, 217, sobre la actuación de los tres poderes (legislativo, judicial y ejecutivo) en el proceso de determinación individualizada de la pena.

⁸⁹¹ SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, pp. 436-437.

⁸⁹² Por ejemplo, acuerdo no jurisdiccional de 25 de mayo de 2005 de la Sala Segunda del TS en relación con la propuesta de modificación de la redacción de los arts. 368 y 369 CP.

⁸⁹³ LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 511, añade: «*la creación de leyes que permitan un margen más amplio para la renuncia estatal a la pena por razones de prevención especial y a la aplicación de esas leyes por el poder judicial de una manera susceptible de control y revisión*», márgenes que actualmente se podrían ya reputar suficientes como para alcanzar los fines apuntados. ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 214-215: «*cuando estos conflictos se repiten, prueba es de la necesidad de reformar los Códigos; parece claro, en fin, que en el mar revuelto de una legislación injusta y dura, el derecho de gracia, especie de salvavidas podrido, se va a pique, no solo con los náufragos que parecían salvar, sino con los tripulantes que fueron a prestarles auxilio*».

excesivo y no que la discrecionalidad del poder ejecutivo asuma aquella labor que corresponde al legislador democrático⁸⁹⁴.

Siempre desde el máximo respeto al principio de legalidad⁸⁹⁵, para defender esta alternativa, el primer argumento que ha de descubrirse, como destaca RODRÍGUEZ MOURULLO⁸⁹⁶, es que, en atención a la praxis, no puede orillarse que la aplicación de la ley a la realidad⁸⁹⁷ contiene una parte de creación que viene a integrarse en la propia ley y que contempla necesariamente pautas de proporcionalidad y justicia⁸⁹⁸ que se acogen como principios rectores del ordenamiento constitucional (art. 5.1 LOPJ, art. 1. 1 CE)⁸⁹⁹. No se concibe que por parte del órgano enjuiciador se aplique el texto legal desnudo, con todo su rigor, por mucho que se pretendiera mantener la distinción histórica entre aplicación de la norma y su interpretación –y la consiguiente proscripción de esta última⁹⁰⁰–; distinción, en todo caso, ya superada⁹⁰¹.

La anterior aseveración no implica asumir, en modo alguno, que el juez actúe guiado por una intuición emocional sobre la base de consideraciones y propósitos prácticos, aludiendo a un proceso decisorio en el que primero se adelanta mentalmente la conclusión –«mental y materialmente justa»– para después buscar la argumentación jurídico-ideológica plausible que auxilie a soportarla –retorciendo la justicia formal para lograr ensamblarla–, para, en ese segundo momento, buscar un ropaje jurídico que cubra la decisión preconcebida⁹⁰². No se

⁸⁹⁴ VON HUMBOLDT, W., *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Ed. E. Trewendt, Breslau, 1851, p. 158: «*Ich brauche mich nun nicht länger bei den Folgen der hier aufgestellten Sätze zu verweilen, wie z. B. bei der schon öfter bemerkten Wahrheit, dass das Begnadigungs- selbst das Milderungsrecht des Landesherrn gänzlich aufhören müsste*». Recientemente, en el mismo sentido, HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, p. 135.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», en Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, pp. 159-161, 188.

⁸⁹⁵ LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 134, 137.

⁸⁹⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principio de legalidad y arbitrio judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, Madrid, 1997, pp. 291-296; mismo autor, «Principios y garantías», en Memento Práctico Penal 2016, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 92.

⁸⁹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 17, sobre la necesaria interpretación progresiva de las leyes por parte del poder judicial, en atención al surgimiento de nuevos puntos de vista derivados de una evolución socio-cultural: «*casos que ni siquiera pudo imaginar el legislador histórico en el momento de promulgar la ley*».

⁸⁹⁸ Vid. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 20-21, quien incide en la equidad (art. 3 CC) como necesario criterio interpretativo; VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 105.

⁸⁹⁹ BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», pp. 854 ss.; MARKEL, «Against mercy», pp. 1473-1474; SILVA SÁNCHEZ, «El perdón: prólogo para penalistas».

⁹⁰⁰ Distinción que contenía la Constitución española de 1812 al apuntar como facultad de las Cortes la de interpretar las leyes (art. 131. 1º) y asignando a los Tribunales la potestad de aplicarlas, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (arts. 242 y 245).

ANCEL, *Suspended sentence*, p. 5; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 119-220 destaca la necesaria diferenciación entre la necesaria y lícita interpretación y la vedada creación judicial de delitos o penas.

⁹⁰¹ BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», pp. 850-854; FALCÓN y TELLA, M. J., *Equidad, Derecho y Justicia*, pp. 135-136; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, p. 53: «*Para ser aplicadas, todas las normas jurídicas, incluso las que parecen más claras, requieren su interpretación*»; mismo autor, *Derecho penal, Parte General*, p. 103.

⁹⁰² ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 43.

Vid. SILVA SÁNCHEZ, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en Indret, núm. 2, abril de 2007, *passim* (especialmente, pp. 3-10), sobre la necesaria

comparte dicha aserción, sino simplemente se señala la amplitud de herramientas legales a las que, si bien ha de someterse a ellas el Juez, no constriñen su ámbito de actuación hasta reducirlo a un ser tullido⁹⁰³.

Al margen de que existen elementos normativos que el Juez o Tribunal ha de completar –conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación que no infringe el principio de legalidad⁹⁰⁴–, en tipos penales que puedan carecer de éstos, nadie sostiene actualmente que la aplicación de la ley al caso concreto se trate de una aplicación mecánica del texto desvestido a modo de automático silogismo⁹⁰⁵ –tan defendido por muchos como BECCARIA para extinguir el bautizado por TOMÁS Y VALIENTE «poder tiránico intermedio»⁹⁰⁶–. Precisamente sostiene la autorizada voz de RODRÍGUEZ MOURULLO que: «Al interpretar la ley, el juez pondera fines, valoraciones, experiencias, realidades sociales nuevas, que pueden llevarle a aplicar la ley, a través de la obligada interpretación progresiva (art. 3.1 CC), a casos que el legislador histórico no pudo siquiera imaginar»⁹⁰⁷.

Los jueces no son autómatas que procesan inalterablemente unos textos de forma mecánica⁹⁰⁸ sino que, sin entrar en la discusión del sujeto primario de la norma jurídica, ni en el proceso

sistematización de la teoría de la determinación de la pena sobre la teoría del delito, incide, entre otras cuestiones, en el necesario desarrollo dogmático de la categoría de la punibilidad.

⁹⁰³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», p. 183, si bien no rechaza que en último término se acuda al Gobierno para solicitar el indulto o para sugerir la modificación o derogación de la norma cuando la sanción se revele como estricta o internamente desproporcionada en comparación con los beneficios que comportaría la aplicación de la norma: «de entre las posibilidades que la ley le presenta debe desechar, en el ámbito de la interpretación de los contornos del tipo penal, la punición de aquellas conductas cuyo escaso desvalor convierte en desproporcionada la sanción prevista. Los criterios de proporcionalidad le servirán también para interpretar las cláusulas abstractas de justificación o de disminución de lo injusto o de la culpabilidad. Asimismo, de las posibilidades de elección de sanción, mayores o menores, que habitualmente va a ofrecer la norma, debe elegir, en primer lugar, la mínima eficaz para los fines de protección que la norma persigue (...)»; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, pp. 20-22.

⁹⁰⁴ STC de 15 de octubre de 1982; de 21 de enero de 1988; 8 de junio de 1988; de 12 de marzo de 1993; y de 24 de febrero de 1994.

⁹⁰⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, pp. 15-16, 45, 63-65-69: «La verdad es que el fallo judicial no es nunca la conclusión necesaria de un silogismo, sino siempre una decisión que, como tal, presupone la posibilidad de optar por otra u otras soluciones. Mientras en el silogismo la verdad de las premisas se traslada necesariamente a la conclusión, siempre que la inferencia se haya establecido correctamente, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión» (p. 15).

⁹⁰⁶ TOMÁS Y VALIENTE, *Comentario a Beccaria, De los delitos y de las penas*, p. 193, nota 6: «Dado el exceso (...) [del] arbitrio judicial (...) y el uso casi siempre censurable que del mismo hacían los jueces, Beccaria quiere reducirlos, limitarlos, someterlos a la ley. Cierto es que incurre en la ingenua creencia de que la ley (...) es susceptible de aplicación automática y silogística, rígida y sin matices. Todo ello es consecuencia de su afán de extinguir ese “poder tiránico intermedio” que era entonces el judicial. (...) Lo que Beccaria predica aquí (como luego lo hará igualmente en relación con la clemencia o facultad de indultar) es el ejercicio de la razón por el legislador y la obediencia mecánica y literal de los magistrados a esa ley racional e inmejorable». Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», pp. 850-853.

⁹⁰⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Delito, pena y Constitución», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003, p. 315.

⁹⁰⁸ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 175: «¿Son los tribunales de justicia locomotoras sin maquinistas, que una vez puestos en movimiento por los artículos del Código penal, atropellan todo cuando se encuentra en la vía, aunque sea los principios más elementales de derecho?»; BONDI, «La ricchezza delle sanzioni», en BONDI/MARRA/POLIDORI (Dirs.), *Il prezzo del reato*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 2010, pp. 4-5, 19-20; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte General*, pp. 103-104,

mental concreto que pueda manejar el aplicador, intervienen determinadamente en la aplicación del Derecho al caso concreto, interpretándolo⁹⁰⁹, y son ellos los encargados de individualizar la literalidad al supuesto que ante ellos pende⁹¹⁰, atendiendo al Derecho como integridad⁹¹¹.

Citando a CÓRDOBA RODA⁹¹², se asevera, consiguientemente, que *«la aplicación de la ley a la realidad es producto de un complejo proceso de concreción. En virtud de la utilización de una serie de elementos en importante medida no resultantes de la ley, sino introducidos por el propio juzgador, es referida la misma desde su formulación abstracta a los particulares casos integrantes de la práctica, formándose así, progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de doctrina y Jurisprudencia, la normativa que en constante evolución rige la conducta del hombre en sociedad»*⁹¹³.

Se establece, de esta forma, una superestructura basada en la ley⁹¹⁴, que auxilia a ésta a alcanzar completitud; estructura que está configurada por doctrina, jurisprudencia y por la necesaria aplicación cognitiva del aplicador de la Ley⁹¹⁵, dejando al margen ficciones irrespetuosas con el principio de legalidad⁹¹⁶.

Por tanto, explica RODRÍGUEZ MOURULLO⁹¹⁷ que, con respeto al art. 117 CE y en virtud de lo establecido en el art. 741 LECrim, el juez dispone ya, en un primer escalón, de una doble vía para adaptar la realidad al caso concreto en busca de la equidad o justicia proporcionada: **(i)** la

108-111; ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, pp. 129-135, definiendo la actividad llevada a cabo por el juez como una interpretación de naturaleza constructiva.

⁹⁰⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», pp. 184-185, sobre la necesidad de interpretar restrictivamente tipos delictivos como la redacción dada entonces al art. 380 CP (hoy art. 383 CP): *«para lo que disponen [los órganos judiciales para interpretar restrictivamente el tipo] de suficientes argumentos gramaticales, principialistas, sistemáticos y consecuencialistas»*.

⁹¹⁰ RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 338: *«En las sucesivas modificaciones que se han introducido en el Código Penal, a los jueces se les da un mayor margen de discrecionalidad para apreciar las circunstancias concretas que han acontecido»*; M. MOORE, «Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher», p. 86, considerando que las víctimas ya han sido consideradas en la configuración de la norma, incide además en la labor individualizadora de la sentencia: *«We have sentencing precisely to take into account factors that are not part of the definition of the crime. They take into account de factors that do make a difference, but they're more fine-grained than the material elements that constitute the definition of the crime»*.

⁹¹¹ DWORKIN, *Taking rights seriously*, pp. 81-96, 130; MORESO MATEOS, «Sobre la generalidad de las leyes: L. Hierro y F. Laporta», pp. 6-10: *«La elaboración del derecho de la modernidad ha elaborado mecanismos para que ya la formulación de las reglas jurídicas sea más sensible a las razones que las justifican y no sea aplicable a casos recalcitrantes»*.

⁹¹² CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, tomo 1 (arts. 1-22)*, Ed. Ariel, Barcelona-Caracas-Méjico, 1976, reimpr., p. VII (introducción).

⁹¹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principios y garantías», p. 92; MUÑOZ CONDE, «Comentarios al Código penal y dogmática jurídico-penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 27, núm. 3, 1974, p. 484 respalda esta posición al sostener que se trata de: *«una visión realista de la Dogmática jurídica que no creo incompatible con el respeto al principio de legalidad, sino todo lo contrario. La consideración de la aplicación concreta del precepto legal necesariamente abstracto es un dato que, desde luego, debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar la ley, porque, en definitiva, ésta nace para ser aplicada y no para ser objeto de elucubraciones teóricas más o menos artísticas»*.

⁹¹⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, pp. 53-55.

⁹¹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», p. 856.

⁹¹⁶ ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», pp. 211-218.

⁹¹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principio de legalidad y arbitrio judicial», p. 293.

interpretación creadora de la propia ley; y **(ii)** la propia configuración del supuesto de hecho⁹¹⁸. El primer instrumento del sistema para dar respuesta a aquellas situaciones no previstas por el legislador penal, se deriva, paradójicamente, de ese propio texto; interpretado y adecuado al hecho concreto ya acaecido⁹¹⁹.

Cuando el juez configure el supuesto de hecho y, con su interpretación, estime, convencido⁹²⁰, que los hechos son efectivamente subsumibles en un determinado precepto –que el legislador se ha encargado de preconfigurar de forma dúctil⁹²¹–, además del ineludible análisis en sede de imputación del hecho al sujeto, la determinación de la participación concreta del sujeto, el grado de ejecución de la acción delictiva y la eventual existencia de concursos, el juez guarda un segundo mecanismo doble para «relajar» la eventual severidad (que no estrictez) del texto legal e imponer razonadamente (art. 72 CP) una pena proporcional individualizada en atención a la culpabilidad del sujeto, consideradas las circunstancias concretas concurrentes relativas al hecho y a su autor: **(i)** la eventual concurrencia de causas que eximen la responsabilidad criminal⁹²² o circunstancias modificativas de la responsabilidad penal –agravantes o atenuantes⁹²³ que se prevén incluso con posibilidad de aplicación muy cualificada y que

⁹¹⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, pp. 46-51; mismo autor, «Principio de legalidad y arbitrio judicial», pp. 294-295: «cuando un Tribunal introduce en la Sentencia una nueva y distinta verdad lo suele hacer por razones de equidad. A veces han abierto puertas o ventanas, que estaban cerradas, para poder calificar los hechos de hurto y evitar la figura más grave del robo, o han puesto ignorancia de algo donde había conocimiento, para salir del campo del dolo y situarse en el de la imprudencia».

⁹¹⁹ Precisamente es la solución alcanzada por la STS de 16 de octubre de 2001, en relación con el subtipo agravado del entonces art. 552. 1º CP (trasladado, desde que entró en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo al art. 551. 1º CP), relativo al empleo de «objetos peligrosos» en relación con el delito de atentado: «*Es correcta la apreciación del Ministerio Público sobre la desproporción de la pena impuesta, pero la corrección de esta infracción del principio de proporcionalidad no requiere acudir al Ejecutivo a través de la proposición de indulto parcial sugerida por el Ministerio Fiscal, pues puede resolverse igualmente en el propio ámbito jurisdiccional, a través de una interpretación del tipo delictivo de atentado sujeta al fundamento material de su incriminación y concretamente al fundamento material del subtipo agravado aplicado. La doctrina de esta Sala, por ejemplo en sentencias de 25 de noviembre de 1996 y 19 de noviembre de 1999, ya ha señalado que el riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad en el Código Penal de 1995 impone una interpretación del tipo sujeta al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad*».

⁹²⁰ A este respecto, BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», pp. 37-38, asumía que el principio *in dubio pro reo* y el principio de presunción de inocencia son mecanismos relacionados con la indulgencia o el perdón en la determinación judicial de la sanción.

⁹²¹ BERISTAIN IPIÑA, *ibid.*, pp. 35-36; GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 900, sobre la introducción en el propio texto normativo de circunstancias como el parentesco o el fin humanitario en el delito de allanamiento de morada, que facilitan la adaptación de la norma al caso concreto.

⁹²² Sin entrar en la discusión sobre las eximentes de responsabilidad no previstas expresamente en la ley. FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», pp. 274-275, advierte cómo, sin embargo, el indulto vendría a haber sido utilizado en la práctica para acomodar la afflictividad de la pena al grado de imputabilidad del sujeto.

⁹²³ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25: «*El Código Penal cuenta con un depurado catálogo abierto de atenuantes que autoriza a los Tribunales para individualizar las penas adecuadamente*».

BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», pp. 38-39; MESTRE DELGADO, «Gracia y Justicia (1)» p. 3 aun cuando defiende la existencia de la figura del indulto para los supuestos abarcados en el art. 4. 3 CP, apunta: «*En el sistema procesal y penal vigente, todas aquellas “mil variadas causas” a que hacía referencia la Exposición de Motivos de la Ley de 1870, para justificar la necesidad de “suavizar” la rígida letra de la Ley, tienen cabida como eximentes o*

permiten modular la pena en proporción y consideración a las circunstancias individuales adyacentes—; (ii) para el caso de que aquéllas no concurran y en todo caso, el propio grado y extensión concreta de la pena que apliquen dentro de los márgenes dados por el legislador penal, sistema de horquillas acogido desde 1822; (iii) la elección concreta de una pena alternativa, cuando el tipo penal contemple distintas opciones entre las que el Juez o Tribunal pueda elegir y la opción por la aplicación del específico tipo penal cuando su configuración prevea modalidades ajustadas (subtipos agravados y atenuados)⁹²⁴.

(i) En relación a las causas que eximen de responsabilidad criminal (art. 20 CP) y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal⁹²⁵, se trata de conseguir una pena individualizada conforme a las reglas contenidas en los arts. 66 y concordantes CP, a diferencia de los textos pertenecientes al Antiguo Régimen en los que se adaptaba la valoración al caso concreto acudiendo al mero arbitrio judicial⁹²⁶. DE LA MATA resalta, al respecto, la previsión de la cláusula analógica prevista en el art. 21. 7ª CP, como instrumento de individualización de la pena a disposición del órgano enjuiciador⁹²⁷.

(ii) Para el supuesto en que no concurran atenuantes ni agravantes y en todo caso, el Juez aplicará razonadamente, dentro de los márgenes dados, la pena en la extensión que estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del autor del hecho delictivo y a la gravedad del hecho (art. 66. 1. 6ª CP)⁹²⁸.

Debe recordarse, suscribiendo el apunte formulado por RODRÍGUEZ MOURULLO sobre el particular, que en aquel momento en que se pretendía eliminar cualquier tipo de discrecionalidad judicial para que el aplicador del Derecho fuera un mero descifrador de silogismos, tampoco existían márgenes penales, habida cuenta de que la ultrapredeterminación normativa de la sanción conducía al señalamiento de una pena fija para cada delito, como de si un sistema de tabla de tasas se tratara⁹²⁹. Dicho sistema terminó fracasando, estableciéndose, con posterioridad, un mínimo y máximo dentro del cual el Juez o Tribunal podía transitar a los efectos de adecuar la gravedad del castigo a las

atenuantes, o como fundamento de las decisiones –siempre judiciales– de suspender o sustituir la ejecución de las penas».

⁹²⁴ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 19-20; LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 137-138; MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, pp. 81, 88-91.

⁹²⁵ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 38.

⁹²⁶ TOMÁS Y VALIENTE, *Comentario a Beccaria, De los delitos y de las penas*, pp. 28 y 192, nota 5.

⁹²⁷ DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la Jurisdicción Penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano, Cizur Menor, 2009, p. 129.

⁹²⁸ MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, pp. 83, 92, fundamenta la existencia de componentes del acto decisorio de medición de la pena, como los contenidos en el art. 66. 1. 6ª CP, que son «difícilmente reducibles a criterios previos y racionalmente controlables dado que se trata de ajustar la pena al hecho y a las personas individuales» (p. 83). Esa amplitud e imprevisibilidad *ex ante* que se contiene en las reglas de determinación de la pena son los argumentos que utilizan los defensores del indulto respecto de la imposibilidad de comprender el crisol de escenarios que en la realidad se concretan para abogar por su utilización. GARCÍA VALDÉS, «Sobre los indultos», yendo más allá, mantiene que el indulto «no tiene otras reglas que la conveniencia política criminal y el principio de oportunidad que únicamente aprecia el ejecutivo».

⁹²⁹ Cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1981, pp. 93-113.

circunstancias del autor y del hecho; sistema que adoptó nuestro Código Penal desde 1822⁹³⁰.

(iii) En nuestro Código Penal actual no solo se recogen horquillas amplias dentro de un determinado tipo de pena a imponer sino que, en muchos tipos penales (sin ánimo exhaustivo: arts. 146, 147, 152, 154, 158, 171, 172, 172 ter, 181 o 184 CP) el legislador prevé penas alternativas entre las que el Juez o Tribunal puede elegir para flexibilizar la aplicación de la norma, adaptándola al caso concreto, y modalidades diferenciadoras (subtipos agravados y atenuados que permiten introducir matices moduladores –nuevamente, a meros efectos ilustrativos: arts. 143, 153, 155, 164, 171, 172, 177 bis, 189 o 281 CP–).

Por tanto, el propio legislador establece efectivas herramientas de individualización⁹³¹, que serán empleadas por el órgano aplicador⁹³². En síntesis y como ya BACIGALUPO ZAPATER concluyó, «*el Derecho penal actual no impide que los Tribunales lleguen a soluciones justas en los casos que enjuician*»⁹³³.

Todas estas previsiones, desde la propia configuración del supuesto de hecho hasta la determinación judicial de la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por el legislador, se realizan en el plano de aplicación de la pena; que ésta respete los principios de culpabilidad y proporcionalidad –adecuar la magnitud de la pena a las circunstancias del hecho y la culpabilidad propios ya que toda pena es ante todo un castigo que tiene como referencia el hecho cometido, con el que debe guardar la necesaria proporcionalidad–. Una pena que

⁹³⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principio de legalidad y arbitrio judicial», pp. 292-293: «*El Código Penal francés de 1791 reaccionó contra la arbitrariedad de las penas, propia de la Edad Media y del Antiguo Régimen, estableciendo un sistema de penas fijas absolutamente determinadas que el juez debía aplicar, en el decir de Garraud, como si se tratase de una tarifa. El sistema fracasó. Los Jueces, imposibilitados de adecuar la gravedad del castigo a las circunstancias del hecho, optaban frecuentemente por la impunidad. Ante este fracaso, el Código francés de 1810 instaura el sistema, aunque todavía con bastante rigidez, de los “márgenes penales”, según el cual el Juez puede moverse entre un mínimo y un máximo de pena. Es el sistema que van a seguir luego los Códigos Penales españoles, empezando por el de 1822*» (p. 293).

⁹³¹ SILVA SÁNCHEZ, «Perdonar», p. 2: «*el perdón, entendido como renuncia a la imposición de castigos merecidos, tiene su expresión fundamental en Derecho penal en cláusulas legales, de modo que en él se manifiesta un “perdón” del legislador muy distante de la gracia del soberano dirigida a persona o personas individuales*».

⁹³² SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, pp. 437, 439, aun defensor del indulto para casos anómalos, vaticina su superación por la labor de los Tribunales, afirmando: «*El Código penal ha procurado que los Tribunales de justicia aprecien en su verdadero valor el hecho punible, teniendo en cuenta su mayor ó menor gravedad. Las circunstancias modificativas y accidentales (atenuantes y agravantes), la apreciación del estado á que el Delito llegó, la teoría de la codelincuencia, y tantos otros puntos de que nos hemos ocupado, demuestran la flexibilidad de nuestra legislación para que los Tribunales aprecien la importancia y valor moral del Delito*» (p. 437).

WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 71, destaca la introducción de factores en la legislación (como el carácter no violento de los delitos o que se cometan por primera vez) como mecanismo de flexibilización.

⁹³³ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25. En el mismo sentido, NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», p. 235: «*El ordenamiento jurídico ofrece al juzgador recursos suficientes para introducir en su decisión final, la que adopta forma de sentencia, elementos correctores*».

rebasara, aduciéndose razones de prevención general, la medida de la gravedad del hecho y la culpabilidad, «*sería ilegítima*»⁹³⁴.

El Tribunal sentenciador, por su proximidad e intermediación a aquél que se somete ante él para su enjuiciamiento, dispondrá de un conocimiento más completo e inmediato sobre las circunstancias personales del reo que aquel poder ejecutivo respecto del que se pretende aducir una capacidad mayor para valorar esas concretas circunstancias del caso que servirían para alcanzar una solución proporcionalmente justa como órgano concedente del perdón⁹³⁵ –y que, dada su lejanía con el caso que se somete a su consideración, debe recabar los informes previstos en los arts. 24 ss. LI (entre los que está el despacho no del órgano de ejecución de la pena sino del órgano sentenciador⁹³⁶; considerándose éste el que, en trámite de impugnación, modificó la sentencia⁹³⁷, el de instrucción que haya dictado sentencia en un procedimiento siguiendo los trámites del llamado Juicio Rápido ex art. 801 LECrim⁹³⁸ o el que dicte auto de acumulación para el caso de que se acumulen distintas causas⁹³⁹)–. Se adentra el argumento en un esquema circular en el que, simultáneamente, se suprime la facultad del órgano sentenciador para valorar las circunstancias adyacentes al caso a los fines de imponer una pena

⁹³⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, «Determinación judicial de la pena concreta», p. 605, § 5630; MAUGERI, A. M., «Fundamental rights in the European legal order, both as a limit on punitive power and as a source of positive obligations to criminalise», en *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, núm. 4, 2013, pp. 388, 404-405.

⁹³⁵ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 24-26, 32-35, 40: «No es posible afirmar esto, y no siéndolo, no se puede sostener tampoco el derecho de gracia, a menos que no se pretenda que por divina inspiración penetra el rey o el presidente de la república en lo recóndito de la conciencia, lee en la del delincuente, y tiene, para saber la verdad y realizar la justicia, medios de que carecen los otros mortales. O un milagro permanente, o un absurdo constante: o el Espíritu Santo descendiendo sobre el jefe del Estado cada vez que se le pide gracia, o él haciéndola a costa de la justicia, puesto que anula los fallos de los que mejor que él pueden aplicarla» (pp. 33-34); BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 505-506; LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1470; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 440.

⁹³⁶ Especialmente ilustrativo es el contenido del art. 25 LI. PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 39, sobre los datos consignados en informes de los previstos en el art. 25 LI: «En informes favorables al otorgamiento de indulto se ha destacado el escaso grado de malicia de los hechos, infimo daño o cuantía inferior del perjuicio causado, avanzada edad y buenos antecedentes, ausencia de grave peligro para la seguridad pública, juventud y corta edad, la incultura, etc.». SEGARRA CRESPO, «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad», pp. 5-6, asume el contenido del art. 25 LI como criterios orientadores en los que habría de justificarse la concesión del indulto.

Las dudas sobre el concepto de Tribunal sentenciador se originaron ya al comienzo de la aprobación de la LI, lo que motivó la emisión de la Orden de 12 de diciembre de 1870 del Ministerio de Gracia y Justicia por la que se resolvían, entre otras cuestiones, la inteligencia del art. 32 sobre el término del Tribunal sentenciador cuando se trata de la ejecución de las penas de muerte, identificándose con la Sala del Supremo que conozca de los recursos de casación criminal.

⁹³⁷ Conforme a lo dispuesto en los dos Acuerdos del Pleno no jurisdiccionales de la Sala Segunda de 20 de abril de 2001 y de 5 de abril de 2005. Cítese, por todas, la STS de 8 de junio de 2015, de 17 de marzo de 2014, que anuló el indulto otorgado en virtud del RD 863/2013, de 31 de octubre, y ATS de 8 de marzo de 2006. En sentido contrario, Regla segunda, segundo inciso de la Disposición adicional octava de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1090; GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», p. 89; PONS PORTELLA, «La acción popular medioambiental en el control jurisdiccional de la gracia de indulto», pp. 18, 23-24.

⁹³⁸ STS de 14 de noviembre de 2014.

GARCÍA SAN MARTÍN, *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 162. JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 20, apunta a la posibilidad, cuestionable, de que el Juez de Instrucción delegue en el Juzgado de lo Penal encargado de la ejecución.

⁹³⁹ GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 37. En contra, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», p. 2.

proporcionada, concediendo dicha facultad al órgano concedente del indulto para, sin solución de continuidad, afirmar la necesidad de que dicho órgano recabe la información sobre las circunstancias al órgano sentenciador al que previamente se le han despojado de dichas facultades⁹⁴⁰.

Pero el análisis y aplicación del principio de proporcionalidad de la respuesta penal no se detiene en la determinación de la pena al caso concreto, sino que ésta es potencialmente modulada en la fase de ejecución de la condena ya determinada⁹⁴¹, en el seno de la cual el principio de proporcionalidad se instituye también como principio rector. No se trata en este punto en valorar singularidades que afectan a un supuesto en concreto que ha de ser enjuiciado y la potencial tensión existente entre el principio de legalidad y la concreción de la justicia al caso concreto; sino alcanzar una solución justa que, tras el dictado de una sentencia que alcanzará firmeza, pueda tener en consideración potenciales cambios que hayan producido un cambio efectivo en la realidad enjuiciada –no comprendidos en el ámbito del recurso de revisión–⁹⁴².

En sede de ejecución y para preservar la proporcionalidad de la pena a aplicar, o, mejor dicho, la proporcionalidad de la restricción del derecho que opera a través de la pena⁹⁴³, se han establecido normativamente instituciones de flexibilización e individualizadoras y mecanismos sustitutivos de las penas privativas de libertad⁹⁴⁴ cuya utilización sí es susceptible de control de legalidad y revisión⁹⁴⁵: las disposiciones relativas a la suspensión de la ejecución⁹⁴⁶, la sustitución (bajo un régimen único desde la LO 1/2015⁹⁴⁷), la previsión de extinción o reducción de la duración de la condena ex art. 60. 2 CP, y la propia ejecución –incluyendo la

⁹⁴⁰ KRASCHUTZKI, «Begnadigung», p. 227 señala que el único con posibilidad de ese conocimiento cierto de las circunstancias personales sería, en su caso, el director del establecimiento penitenciario.

La STS de 20 de septiembre de 2016 llega a anular una resolución de denegación de indulto ante un informe del Tribunal sentenciador que estima deficiente por no consignar las circunstancias y condiciones del penado conforme al detalle previsto en el art. 25 LI.

⁹⁴¹ BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», pp. 40-42; CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 20-21; LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 138-141, 185-186, sobre la individualización de la pena en la fase de ejecución de la pena (con posibilidad de suspenderla), resaltando el papel de la administración penitenciaria en ella; SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, pp. 267-284, aunque lo argumenta al reflexionar sobre las sentencias indeterminadas: «A l'individualisation judiciaire, qui opère par grandes masses, se superposait l'individualisation administrative qui opère réellement par individus. La première ne détermine que le genre de peine et l'autre pour une même catégorie de peines, détermine le régime. C'est la perfection idéale du système».

⁹⁴² HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», p. 414, utiliza este argumento, sin embargo, para defender la figura del indulto.

⁹⁴³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Capítulo XII. El control constitucional de las leyes penales», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (Dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Madrid, 2016, pp. 361-362.

⁹⁴⁴ MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, p. 61.

⁹⁴⁵ RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 598-599, asume la liberación condicional y la remisión de la pena como mecanismos de «gracia judicial» que se caracterizan por estar: «*soumise à des conditions prévues par les textes et qu'elle est toujours révocable*».

Suspicaz, MELENDO PARDOS, «Recensión», p. 778, para quien los sustitutivos penales también resultan discrecionales en su concesión y, por tanto, no tan distintos al indulto.

⁹⁴⁶ ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», p. 508, apunta que el indulto puede solapar las funciones de la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional.

⁹⁴⁷ LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 157, nota 6.

libertad condicional⁹⁴⁸ cuya aplicación efectiva replica y absorbe supuestos para los que históricamente se había utilizado la figura del indulto⁹⁴⁹⁻⁹⁵⁰.

Es justamente por aquella razón argüida, para evitar situaciones potencialmente desproporcionadas derivadas de un ingreso efectivo en prisión (o hacerlo por un tiempo desmedido), por lo que se establece el régimen de suspensión de la ejecución de las penas (arts. 80 ss. CP que ha de someterse a un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes⁹⁵¹)⁹⁵² –con posibilidad de sometimiento a condición, arts. 83 y 84 CP⁹⁵³, siguiendo el mismo esquema del indulto condicionado⁹⁵⁴–.

Además de la suspensión sustitutiva (art. 80. 3 CP) que conlleva o el abono de multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, el legislador ha previsto tres subtipos especiales en los que se flexibilizan los requisitos dentro de la regulación de la suspensión que precisamente suelen ser los escenarios fácticos empleados como argumentos a favor de la utilización de la figura del indulto ante una reacción punitiva desproporcionada: **(i)** la suspensión de la pena privativa de libertad en supuestos de condenados con enfermedades

⁹⁴⁸ Idea ya apuntada embrionariamente por LARNAUDE, «Rapport sur le droit de grâce», en *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, Bulletin de la Société générale des prisons du 28 juin 1899, tomo 23, núm. 7, julio-agosto de 1899, p. 938; BÖHM, «Richterliche Mitwirkung bei Vollstreckung und Vollzug von Freiheitsstrafe», p. 337; WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 35-36, considera, por ello, la libertad condicional como una medida de clemencia.

⁹⁴⁹ A título de ejemplo, Decreto de 10 de diciembre de 1931 en el que se extiende el indulto general decretado en virtud de la resolución del 8 del mismo mes y año por el resto de pena que les faltaba por extinguir: «a los penados que tuvieren cumplidos setenta años de edad el día 9 del mes actual, en que se publicó el referido indulto», conectado con el art. 91 CP.

⁹⁵⁰ CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 232, 234; BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25: «Los sistemas jurídico-penales han introducido, además, instituciones como la remisión condicional de la pena, la libertad condicional anticipada y los llamados sustitutivos penales que sustraen del objeto del derecho de gracia un amplio ámbito problemático que había sido la materia moderna del indulto»; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», pp. 125-126; OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», p. 836; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», p. 830.

Nótese como, en resoluciones judiciales recientes, se equipara el indulto a figuras que también gozan de respaldo legal y que auxilian a ese objetivo de proporcionalidad, tales como la redención, el abono de la prisión preventiva o el expediente de refundición de penas (ver, por todas, STS de 2 de marzo de 2016).

⁹⁵¹ HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 81-82 y 145, nota 211, en referencia a la previsión contenida en el art. 87 CP, reconoce la disminución de las solicitudes de indulto debido a la ampliación del ámbito de aplicación de la suspensión de la pena privativa de libertad; y, al tiempo, el incorrecto uso que se da a las solicitudes de indulto cuando se cumplen los requisitos normativos para acceder a la suspensión de la ejecución.

⁹⁵² CADALSO, *La libertad condicional*, p. 63. El mismo autor, en la p. 299, advierte que el fin de la condena condicional sería librar a los condenados «de su entrada en las prisiones y del pernicioso contacto con los avezados al delito».

⁹⁵³ LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 156-157, 158-159, destaca la novedad introducida en la reforma operada en 2015, relativa a la posibilidad de condicionar la suspensión si se llega a un acuerdo de mediación, si se abona la multa o si se realizan trabajos en beneficio de la comunidad (art. 84. 1 CP).

⁹⁵⁴ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 436-444, defiende, sobre los indultos condicionados, justamente que se configuran como el medio adecuado para la flexibilización de la pena, para garantizar un efectivo control a través de formas de supervisión difusas e instrucciones de conducta y que su otorgamiento es un signo claro del cambio en la función y efectos de la competencia del derecho de gracia, que como medio de regulación racional del sistema penal evoluciona en una perspectiva de prevención especial.

graves con padecimientos incurables (art. 80. 4 CP); **(ii)** toxicómanos rehabilitados o sometidos a tratamiento (art. 80. 5 CP); y **(iii)** suspensión por trastorno mental sobrevenido.

Relacionado con el último supuesto, con la suspensión de la ejecución por trastorno mental sobrevenido después de que la sentencia alcance firmeza, la literalidad del art. 60. 2 *in fine* CP, resulta representativa de la flexibilidad que el legislador ha introducido en la ejecución de la pena, a pesar de aplicarse a un escenario inusual. Dicho precepto prevé que, si la salud mental del penado (que provocó la suspensión de la ejecución de su condena) se viera restablecida, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiese prescrito. Sin embargo, y este es el inciso que queremos resaltar: el Juez o Tribunal, por razones de equidad, puede dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

Adicionalmente, para permitir y posibilitar una flexibilización en la ejecución de la pena de prisión, de forma adicional a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, se cuenta con la aplicación de tratamiento penitenciario diferenciado (arts. 59 ss. LOGP), con la libertad condicional (arts. 90 ss. CP y arts. 192 ss. RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario) y, de cumplirse las condiciones para su aplicación, con el beneficio penitenciario consistente en su adelantamiento *ex art. 205 RP*⁹⁵⁵.

El requisito contenido en el art. 205 RP relativo a la necesidad de extinción de las dos terceras partes de la condena tiene su origen en la Real Orden de 16 de junio de 1830 sobre rebajas de tiempo en las condenas de los reos (Gaceta de Madrid núm. 86, de 17 de julio de 1830) en virtud de la cual se prohibía *«mayor rebaja que la de la tercera parte del tiempo contenido en las mismas, aunque se reúnan muchos motivos de rebaja, siendo de consiguiente cierto y seguro en su cumplimiento por lo menos el tiempo de las dos terceras partes de cada condena»*⁹⁵⁶.

Con estas últimas herramientas –la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la previsión de extinción o reducción de la duración de la condena *ex art. 60. 2 CP*, los tratamientos penitenciarios diferenciados, la libertad condicional y el adelantamiento de la aplicación de esta institución como beneficio penitenciario–, se vendrían a compilar los instrumentos que el sistema asume ya instaurados para permitir que, de admitirse la eventual distinción, la justicia formal, legal o positiva se identifique con la justicia material o equidad⁹⁵⁷, sin necesidad de acudir a la figura del indulto⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ Los efectos de las medidas de las que se pueden beneficiar los condenados en el ámbito penitenciario pueden, desde una perspectiva de análisis meramente fáctica, ser equivalentes *«a un indulto con protección estatal»*; así, voto particular formulado por BACIGALUPO ZAPATER a la STS de 29 de julio de 1998.

⁹⁵⁶ En este sentido, también HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», p. 704.

⁹⁵⁷ RAWLS, *A theory of justice, revised edition*, Ed. Harvard University Press, 6ª ed. de la obra publicada en 1971, 2003, Cambridge (Massachusetts), pp. 3-19.

⁹⁵⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», pp. 512-513 señala la utilización del indulto en casos en los que deberían aplicarse alternativas a la prisión como suspensión o sustitución de la pena: *«que el indulto está actualmente ocupando el espacio de estas alternativas puede verse claramente, por ejemplo, en España, donde (...), se condiciona el indulto a que el indultado no vuelva a cometer otro delito durante el tiempo de la condena, lo cual recuerda mucho al funcionamiento de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión o condena condicional. Del mismo modo, el indulto parcial es muy similar en efectos al instituto jurídico-penal de la sustitución de la pena por otra en cuanto ambos permiten evitar el ingreso en prisión a través de la*

Si a pesar de los anteriores mecanismos que permiten adaptar la literalidad legal a la realidad concreta, pudieran, a título de mera hipótesis, existir supuestos en los que, a juicio del Juez o Tribunal, como consecuencia de la aplicación de las disposiciones legales, resulte penada una acción u omisión que, a su juicio, no debiera serlo o supuestos en que la pena a imponer fuera notablemente excesiva, el art. 4.3. CP contiene, como declaración de índole positiva del principio de legalidad en su vertiente de garantía criminal⁹⁵⁹, la previsión de poder⁹⁶⁰ acudir al Gobierno razonadamente, mediante la propuesta de dos vías alternativas no excluyentes⁹⁶¹: **(A)** la derogación o modificación del precepto; o **(B)** la concesión de indulto⁹⁶².

Adviértase de que SILVA SÁNCHEZ, crítico, llega expresamente a admitir su sorpresa ante la existencia y contenido de dicho precepto, en el que, afirma, parece expresarse la constatación de una ausencia de responsabilidad (¿del juez? ¿del legislador?)⁹⁶³.

Se torna innecesario señalar que, sin que exista criterio específico establecido legalmente que determine cuándo ha de optarse por cada opción –canon de discernimiento que sería de gran utilidad–, los efectos y consecuencias son radicalmente distintos de elegirse una u otra iniciativa y el peligro evidente de la infrainclusión de optar por la segunda vía (con el eventual riesgo de contravención del principio de igualdad que ello conllevaría⁹⁶⁴) no puede apriorísticamente desatenderse.

(A) Si el Gobierno estima que concurre la necesidad de derogar o modificar un precepto aliviando su carga punitiva y ello se llega a hacer efectivo tras la correspondiente reforma legislativa, entrará en escena la eventual revisión de la sentencia (Disposición Adicional Cuarta y ss. CP) para todos aquellos sujetos que se vean afectados y comprendidos por dicha modificación o derogación⁹⁶⁵. Para supuestos en los que existe una modificación legislativa que

conmutación de la pena impuesta. (...) Una regulación más generosa de las alternativas a la prisión que permitiera un mayor ámbito de aplicación de la suspensión y la sustitución en casos de escasa peligrosidad del delincuente, y un mayor uso de éstas por parte de jueces y tribunales haría seguramente innecesario el recurso al indulto».

⁹⁵⁹ STS de 23 de mayo de 1987, sobre el art. 2 CP 1973.

⁹⁶⁰ Se trata de una potestad del órgano judicial, no susceptible de ser fiscalizada en casación: STS 16 de junio de 2016, 23 de septiembre de 2015 o 22 de abril de 1993: «La norma a que se alude consagra una facultad discrecional del Tribunal, sin posibilidad de acceso a la casación».

FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», p. 264; GARCÍA SAN MARTÍN, El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional, p. 103; GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», p. 88; LASCURAIN SÁNCHEZ/MENDOZA BUERGO/RODRÍGUEZ MOURULLO (Coord.), *Código penal*, p. 46; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 68-69.

⁹⁶¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 4», p. 37.

⁹⁶² DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia*, pp. 164-169, a favor del recurso del indulto en caso de imposibilidad de imposición de una pena proporcionada por el órgano enjuiciador, con cita de jurisprudencia.

⁹⁶³ SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», pp. 38-39; mismo autor, «Perdonar», p. 1.

⁹⁶⁴ Vid. epígrafe 6.4. *La eventual vulneración del principio de igualdad en las decisiones de indulto*.

HARRISON, «The equality of mercy», p. 114.

⁹⁶⁵ En los Estados Unidos de América se ha permitido la revisión de 6.112 sentencias entre el 30 de octubre y el 2 de noviembre de 2015 (dos tercios de los presos han sido dirigidos a centros de reinserción social y arresto domiciliario antes de alcanzar la libertad vigilada y 1.764 han sido deportados a través de la U.S. Immigrations and Customs Enforcement), gracias a la modificación de las directrices de la U.S. Sentencing Commission que redujo el 1 de noviembre de 2014 las penas a imponer para los delitos contra la salud pública y declaró la retroactividad de la reforma (limitada). Hasta el 1 de noviembre de 2016, se cifraba incrementar la cifra de reos afectados adicionando 8.550 reclusos

potencialmente favorezca a sujetos condenados, será a través de la revisión de la sentencia y no mediante la utilización de la figura del indulto, como se deba adaptar la nueva normativa al caso concreto sentenciado con carácter firme⁹⁶⁶.

Adviértase que en aquellos sistemas en los que no se tiene incorporada esta institución de la revisión de la sentencia ante modificaciones favorables para el condenado, se ha tenido que acudir, como remedio subrogado, a la institución del indulto⁹⁶⁷. Paradigmática en este sentido supone la denominada «Iniciativa Clemencia» –que generó el «Proyecto Clemencia 2014»⁹⁶⁸–, llevada a cabo por el expresidente de los Estados Unidos de América, OBAMA, e iniciada el 30 de enero de 2014 (si bien los criterios rectores se publicaron el 23 de abril de ese año). La gran mayoría de las conmutaciones llevadas a cabo en el seno de dicha iniciativa (1023, en total)⁹⁶⁹ se refirieron a sujetos que habían ya cumplido mucho más tiempo del que les hubiera correspondido si se les hubiera impuesto la sentencia en la actualidad⁹⁷⁰. El primero de los criterios utilizados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos para la concesión efectiva de dichos perdones era que los solicitantes «*are currently serving a federal sentence in prison and, by operation of law, likely would have received a substantially lower sentence if convicted of the same offense(s) today*»⁹⁷¹.

(B) Por el contrario, en el escenario de la segunda alternativa, la concesión de indulto afecta exclusivamente a aquél respecto del que se ha tramitado el expediente, lo que impide su extensión *erga omnes*, a todos aquellos que potencialmente se pudieran encontrar en una situación equivalente⁹⁷².

La opción, plausible, que se propone, pretende resolver este supuesto partiendo de la siguiente hipótesis básica de investigación: si tras recorrer los distintos escalones de

(<https://www.themarshallproject.org/2015/10/06/what-you-need-to-know-about-the-new-federal-prisoner-release#.Ci1MSJP7h>, consultado el 1 de noviembre de 2015).

⁹⁶⁶ Disiente, MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 121 ss.

⁹⁶⁷ BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», p. 864: «*But the Fair Sentencing Act was not retroactive, so individuals are currently serving out sentences that are now recognized by all three branches as unjust*»; BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency», p. 4; ROSEBERRY, «Clemency Project 2014. Restoring Fairness and Justice», en *Criminal Justice Review*, primavera de 2015, pp. 29-30; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», pp. 835-836.

Por esta razón, en 1976, LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 45-46, sostuvo que solo podría defenderse una justificación del indulto por justicia cuando: «*a la modificación de un tipo penal no se entienda justo que subsista el cumplimiento de penas en base a delitos que han perdido en la legislación en vigor ese carácter*».

⁹⁶⁸ ROSEBERRY, «Clemency Project 2014», p. 30.

⁹⁶⁹ «A Nation of Second Chances: President Obama's Record on Clemency», en WHITE HOUSE, 22 de noviembre de 2016 (<https://perma.cc/RZ5S-AHTD>, consultado el 14 de febrero de 2017).

⁹⁷⁰ OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», p. 837: «*The vast majority of those commutations recipients had already served far more time than the sentence they would receive today*».

⁹⁷¹ <https://www.justice.gov/pardon/clemency-initiative>, consultado el 14 de febrero de 2017. Los otros cinco criterios eran: que los crímenes no fueran violentos y que los autores fueran de *bajo nivel*, sin relación significativa con organizaciones criminales, bandas o cárteles; haber cumplido al menos diez años de su sentencia; no tener un historial criminal significativo; haber demostrado buena conducta en prisión; y no tener historial violento antes o durante su estancia en prisión.

⁹⁷² FANEGA, «El indulto», pp. 99, 115, por ello, descarta la utilización del indulto en estos supuestos, a favor de una remisión de solicitud de modificación legislativa, de general aplicación.

individualización de la pena en sede de aplicación y de ejecución⁹⁷³ no se alcanzara una solución equitativa o proporcional, el problema no residiría, por ende, en aquel proceso de individualización sino en un déficit imputable al propio texto normativo. Esto es, la formulación del texto de la ley, el establecimiento de la pena a un haz de casos o el régimen de ejecución de ésta para un conjunto de penados, no resulta potencialmente proporcional o materialmente justo⁹⁷⁴. Dicha tacha sería predicable no ya respecto de un determinado supuesto concreto, sino que afectaría a una generalidad –aunque sea latente–. La cuestión no radica entonces en la aplicación al caso concreto de la pena o la individualización de ésta, sino que debe reformarse directamente la opción punitiva o, de mantenerse, la previsión penológica. La desproporción se ha descubierto en un caso concreto, pero el exceso no tiene por qué constreñirse a ese supuesto específico.

Ex hypothesi se llega a un escenario de análisis en el que, como señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES⁹⁷⁵, no debe tener cabida la opción de elegir entre la disyuntiva prevista en el art. 4.3

⁹⁷³ Interpretación del precepto, configuración del supuesto de hecho, imputación del hecho al sujeto, participación concreta del sujeto, grado de ejecución de la acción delictiva, eventual existencia de concursos, causas de exención y circunstancias atenuantes y modificativas de la responsabilidad penal, determinación judicial de la pena en los límites marcados, eventual suspensión de ejecución, tratamiento penitenciario diferenciado o libertad condicional y adelantamiento de ésta.

⁹⁷⁴ Sería el escenario que describe OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», pp. 837-838, en que se anuda la pena de prisión permanente a un delito contra la salud pública no cualificado. ROSEBERRY, «Clemency Project 2014», p. 29.

Por ello, GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», p. 86, asumen que el art. 4. 3 CP presupone que: «la pena deberá ser aplicada por el Juez aun cuando sea innecesaria o desproporcionada en relación con el hecho concreto, siendo ello contrario al principio de proporcionalidad en sentido estricto».

⁹⁷⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de indulto», pp. 12-13, 17-18: «Si existen tales razones, la solución a este problema de –la mal llamada– “justicia material” debió ser aportada por el propio tribunal sentenciador, sin necesidad de esperar a un tan postrero como inseguro “remiendo” graciable» (pp. 12-13); «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” (...) 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–, 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» (p. 17); «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» (p. 18). En el mismo sentido, ya BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», p. 862: «Si el Tribunal entiende que el sistema del art. 61 CP le impide, agotadas todas las posibilidades interpretativas, aplicar una pena justa, en el sentido antes expuesto, debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad de este artículo y de todos cuantos se lo impidieran, pero en ningún caso remitir la cuestión a la discrecionalidad del Ejecutivo Consecuentemente, el supuesto de “pena notablemente excesiva” por inadecuación a la reprochabilidad (mal causado y circunstancias personales del autor) es directamente contrario a la Constitución y su sistema de la división de poderes». Mismo autor, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25: «Las penas crueles están constitucionalmente prohibidas (art. 15 CE) y las penas desproporcionadas vulneran el art. 1 CE, pues siempre serán contrarias a la Justicia (...). Consecuentemente estas cuestiones han devenido problemas de la constitucionalidad de la ley aplicable, cuya solución tiene un cauce específico y un órgano de control especial en el Tribunal Constitucional».

Sin embargo, GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 215, 223-232, 261, sobre la compatibilidad del indulto y la cuestión de inconstitucionalidad, distingue entre la desproporción de la ley que contiene la sanción penal (cuestión de inconstitucionalidad) y la aplicación de una sanción penal al caso concreto (posibilidad de promover el indulto), al entender el indulto como instrumento de corrección del

CP, sino en el que solo cabe el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ex art. 163 CE, ya que sería el propio precepto a aplicar el que sería potencialmente contrario a los principios de culpabilidad y proporcionalidad y podría eventualmente vulnerar el derecho a la libertad (art. 17 CE), la proscripción de las penas inhumanas o crueles (art. 15 CE) y el principio de legalidad sancionadora en su proyección del principio de proporcionalidad (art. 25. 1 CE) junto con el principio de justicia del art. 1 CE. Potenciales contravenciones cuya resolución no ha de dejarse en manos de una decisión discrecional del Ejecutivo.

Será entonces el Tribunal Constitucional, conforme a lo dispuesto en los arts. 35 a 40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora de dicho órgano, el que, con una eficacia *erga omnes*, verifique que «*la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho*»⁹⁷⁶.

Cuando la magnitud de la pena es tal que no permita su adecuación a la menor gravedad de las circunstancias concurrentes del hecho o de la culpabilidad del autor, el Tribunal declarará la vulneración del derecho a la libertad personal como consecuencia directa de la contravención del principio de culpabilidad y del derecho a la legalidad penal (principio de proporcionalidad), por conculcar la proporcionalidad estricta de la pena⁹⁷⁷. Se declarará, efectuando un ejercicio equilibrado regido por una actitud de deferencia con el legislador⁹⁷⁸, la nulidad del precepto en virtud del cual potencialmente era aplicable una pena desproporcionada (por existir normas de protección que pueden sustituir eficazmente a las establecidas, de menor intensidad

sistema penal sustantivo y procesal. En el mismo sentido, misma autora, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», pp. 615, 622. DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia*, pp. 37-38, 42, 128-129, 164-169, 199-200 (especialmente, pp. 164-165), asume los dos mecanismos para hacer vigente el principio de proporcionalidad pero considera que el recurso a la cuestión de inconstitucionalidad solo contrasta la norma en abstracto pero no su aplicación al caso concreto (para lo que sería necesario acudir al indulto); MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, pp. 95-96, sin acoger distinguos.

⁹⁷⁶ Por todas, STC de 7 de octubre de 2010. Reticente, STC de 22 de mayo de 1986 que, tras rechazar que la configuración punitiva del delito de malversación de caudales públicos originara una contravención a los derechos fundamentales del condenado (tampoco en relación al principio de proporcionalidad de la pena), define al indulto como recurso extraordinario para atenuar la excesiva dureza de las penas de carácter no excluyente a la eventual apreciación de la lesión jurídica, de existir ésta.

⁹⁷⁷ Sobre el juicio estricto de proporcionalidad, resulta ilustrativa la STC de 20 de julio de 1999: «*el juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales–*».

⁹⁷⁸ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Capítulo XII. El control constitucional de las leyes penales», pp. 351-377, quien destaca no solo la necesidad, sino la discrecionalidad que supone el control de la ley penal desde un principio constitucional definido como regla de exclusión –máxime cuando siquiera existe definición legal expresa de aquel principio, como ocurre con el principio de proporcionalidad– (pp. 353-354). Dicho control o viabilidad constitucional, fundamental, se ha llevado a cabo en la práctica con una definición estricta del marco constitucional y un ejercicio laxo en la aplicación de dicho principio constitucional como norma de exclusión, sobresaliendo una actitud deferente del Tribunal Constitucional con el legislador, con la ley impugnada (pp. 366-376).

coactiva⁹⁷⁹); precisamente la situación para la que inicialmente se defendía la utilización de la figura del indulto⁹⁸⁰.

Como se advertirá, existen dos atributos fundamentales de la cuestión de inconstitucionalidad de los que carece la figura del indulto. En primer lugar, mientras que el indulto presupone el dictado de la sentencia para su aplicación, de optarse por la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad el procedimiento penal queda en suspenso hasta que se pronuncie el Tribunal Constitucional. Adicionalmente, si se ha llegado a la conclusión de que la situación de injusticia material no procede de un déficit de individualización de la pena sino de la propia formulación del texto legal a aplicar, carece de sentido optar por una medida cuyo efecto se reduce a la singularidad del sujeto beneficiado y, por tanto, el efecto *erga omnes* derivado de un acogimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, además de ser una solución materialmente más ajustada, supone la propiedad de su efecto general y no reducido a las partes (art. 38 a 40 LOTC)⁹⁸¹. Con ello se supera el latente riesgo de infrainclusión que, predicable respecto del indulto, comprometería potencialmente el principio de igualdad⁹⁸².

ARENAL ya apuntó con gran acierto que *«la injusticia de las leyes crueles no se evita sustrayendo a su acción algunos pocos privilegiados por medio del derecho de gracia, sino suprimiéndolas para todos»* ya que *«decir que la dureza de las penas hace preciso el poder de minorarlas arbitrariamente, es confesar la necesidad de modificar la legislación penal»*⁹⁸³.

Por último, debe apuntarse que, aun cuando el art. 4. 3. CP dispone que cualquiera de las dos opciones anunciadas puede ser aplicadas *«sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia»* –como alternativas equivalentes perfectamente sustituibles–, puede aducirse que la solicitud de indulto presentaría para el condenado dos ventajas fundamentales; a saber: **(a)** la agilidad de la eventual concesión del indulto⁹⁸⁴; y **(b)** la operable suspensión del procedimiento en virtud de la excepción contenida en el art. 4. 4 CP⁹⁸⁵.

⁹⁷⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Proporcionalidad penal», en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho, Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 183, 189; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 73-75.

⁹⁸⁰ CORTÉS BECHIARELLI, «Pasado, presente y futuro del indulto en España», (Parte I, 14:20-15:14), concluye, convergente, que el indulto no sería una institución para corregir las penas excesivas y desproporcionadas dado que de lo que se trataría en esos casos es de corregir las normas –bien a través de la reforma legislativa, bien a través de la actuación del TC (citando expresamente la STC de 20 de julio de 1999)–. Por tanto, ya existen remedios para dar solución a esta disfunción.

⁹⁸¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 18.

⁹⁸² MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, pp. 78-79, señalan la intrínseca contradicción existente entre el principio de igualdad y la individualización. De asumirse esta vía que se propone, dicha contradicción sería neutralizada.

⁹⁸³ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 26-27; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 126-127: *«Esto es lo definitorio de la gracia: que “entre los que son igualmente malos”, algunos sean castigados en justicia, mientras otros son liberados del castigo por misericordia»*.

⁹⁸⁴ HAASE, *«“Oh my darling clemency”»*, pp. 1292, 1298, si bien expone dicha posible presteza cual ventaja, no deja de indicar que el plazo medio de tramitación del expediente completo en el sistema estadounidense asciende a veinticuatro meses.

⁹⁸⁵ Vid. Consulta 1/1994, de 19 de julio, sobre posibilidad de suspensión del inicio de ejecución de condenas penales ante una solicitud de indulto, emitida por la Fiscalía en atención a la antigua redacción del art. 2. 2 CP 1973 en la que se concluye que la simple iniciación de un expediente de indulto no lleva aparejada

Trasladados esos potenciales beneficios a un ejercicio de comparación entre la figura del indulto y el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se advierte cuanto sigue:

(a) Si bien es cierto que la abstracta agilidad procedimental de la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁸⁶ no puede competir con la potencial del trámite de concesión del indulto en determinados casos⁹⁸⁷, no es menos cierto que, empíricamente, se constata que la diferencia relativa entre el tiempo de resolución de una y otro no es dispar⁹⁸⁸ y, por consiguiente, tampoco puede

automáticamente la suspensión de la ejecución de la condena, sino que se analizará supuesto por supuesto dicho efecto suspensivo.

El acuerdo de unificación de criterios del orden penal de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2004 conviene que el criterio para la suspensión de la ejecución sea marcado por el propio tribunal en función del sentido del informe que prevea que emitirá en su momento: si va a informar positivamente sobre el indulto, se propone la suspensión de la ejecución; si no encuentra motivos excepcionales y singulares que orienten su respaldo a la solicitud de indulto y vaya a informar en contra de ésta, se acuerda que deniegue la suspensión (con ponderación de todos los factores, incluida la duración de la pena impuesta).

MAGRO SERVET, «La petición de suspensión de ejecución de pena por tramitación de indulto», pp. 103-105.

⁹⁸⁶ Según las estadísticas del Tribunal Constitucional para el 2014, ingresaron 141 cuestiones de inconstitucionalidad; en 2014 existían 50 cuestiones pendientes de admisión (en comparación a las 13 del 2010); y había 108 cuestiones de inconstitucionalidad admitidas pendientes de sentencia.

⁹⁸⁷ BELMONTE BELDA/ELOSUA TOMÉ, Juan, «Los indultos más rápidos a este lado de los pirineos», en El Indultómetro, Fundación Civio, 27 de febrero de 2013; CORTÉS BECHIARELLI, «Pasado, presente y futuro del indulto en España», (Parte I 11:52-12:39; Parte II 9:12-10:04), asume que el indulto es sumamente arbitrario e incide en la diferencia de plazos de concesión, basada en la mera voluntad del Gobierno que se guía por el principio de oportunidad. Apoyando esta aseveración, JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy», p. 95, en la medida en que constatan que los indultos otorgados a políticos, terroristas o (anteriormente a) insumisos se tramitan más rápido; mismos autores, «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», p. 6, se centran en la mayor rapidez de los indultos otorgados a políticos. Sin embargo, DOVAL PAIS, «Delitos de corrupción pública: indultos y condenas», p. 57, comprueba que un análisis empírico de los indultos entre 1998 y 2012 no puede confirmar que en términos generales se produzca en delitos por corrupción una tramitación más rápida, si bien existen casos aislados en los que dicha celeridad sí que destaca (p. 57, nota 74).

⁹⁸⁸ Para el periodo 2009-2015 la mediana de resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad en materia propia de la jurisdicción penal ante el Tribunal Constitucional (mediana calculada respecto del tiempo que media entre fecha de entrada a registro del Tribunal y fecha de dictado de la sentencia resolviendo las cuestiones de inconstitucionalidad) asciende a 3,14 años –1.146,50 días– (elaboración propia).

La mediana en la concesión de indultos (medición entre el dictado de la sentencia y la fecha del Real Decreto de concesión) según las cifras publicadas en febrero de 2013 por la Fundación Civio –Proyecto El Indultómetro– ascendía a 2,67 años (976 días) y para el año 2015, según cálculos propios y con exclusión, por eventualmente distorsionante, de los datos contenidos en el RD 396/2015, de 22 de mayo, referido a un indulto instado por el Juzgado Central de Menores (con Funciones de Vigilancia Penitenciaria) de la Audiencia Nacional, ex art. 206 RP, la mediana está fijada en 3,42 años (1.246,50 días). Es destacable que en el año 2015 fue concedido un indulto tras 14,32 años (5.228 días) desde el dictado de la sentencia condenatoria; plazo muy superior al máximo periodo relativo a las cuestiones de inconstitucionalidad (2009-2015), fijado en 11,01 años (4.019 días) y que todavía queda alejado de los 42,30 años (15.438 días) que hubo de esperarse para ser concedido el indulto en virtud del RD 545/2005, de 13 de mayo (BOE de 27 de mayo de 2005), referido a una sentencia condenatoria dictada el 5 de febrero de 1963. Los plazos de resolución de indultos para el 2016 incluso ascendieron. La mediana entre el dictado de la sentencia condenatoria y el Real Decreto de concesión se fijó en 4,09 años (tras excluir el RD 759/2016, de 30 de diciembre, potencialmente distorsionante al derivarse de la facultad prevista en el art. 206 RP). Analizados los dieciocho indultos de 2017 (a 15 de mayo de 2017), se concluye que la mediana baja hasta los 2,5 años. Esa reducción queda explicada porque seis de ellos se refieren a la misma sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz el 28 de mayo de 2015, en la que se condenó a los luego indultados por la comisión de delitos continuados de prevaricación y de falsedad en documento oficial. De excluirse del cálculo de la mediana los indultos pertenecientes a esa misma causa, se alcanzaría un periodo similar al que se venía manejando en años precedentes: 3,9 años.

aducirse la agilidad como argumento fundamental a favor de la institución del perdón en perjuicio de la opción de la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁸⁹.

(b) La segunda virtud encontrada al indulto, referida a la posible suspensión del procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 4. 4 CP⁹⁹⁰, encuentra su equivalente en el art. 35. 3 LOTC, que opera en el caso del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (y con carácter automático).

Por cuanto antecede y fallida la individualización, puede sostenerse, sin riesgo de insolvencia dogmática, que para aquellos supuestos en que la pena a aplicar sea desproporcionada (o se aduzca que la *justicia material* no coincide con la solución alcanzada por la *justicia formal*), ha de ser planteada una cuestión de inconstitucionalidad que desplaza a la figura del indulto.

Postura que se formula sin perjuicio de que se entienda acertado mantener la facultad de poder acudir al Gobierno (como suplemento a la facultad de éste para actuar autónomamente o por recepción de propuestas de reforma ex art. 87 CE) para la solicitud de derogación o modificación del precepto cuando a juicio del órgano enjuiciador se debiera descriminalizar o aliviar la carga punitiva de un determinado tipo penal, en virtud de la posibilidad recogida al comienzo del art. 4. 3 CP, de conformidad con la idea que inspiraba la redacción que a tal efecto se contenía en el párrafo segundo del art. 2 del Código Penal de 1973⁹⁹¹ (redacción relevada por el tan mentado art. 4.3 CP)⁹⁹².

DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», p. 108, fijan certeramente en 4 años los tiempos medios que transcurren entre la sentencia y la concesión de indulto; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 70, sobre la rebaja de los plazos en la tramitación de determinados indultos.

⁹⁸⁹ Según la Subsecretaría del Ministerio de Justicia: «Las demoras en la tramitación de los expedientes de indulto condujeron en 2005 al archivo, de oficio, de 1.646 de los citados 9.390 expedientes recibidos. Se archivaron por el fallecimiento del peticionario o porque el reo ya había cumplido toda la pena cuando iba a ser estudiado su caso» (HERNÁNDEZ, J.A., «El Gobierno indultó en 2005 a un 5% de los 9.390 reos que pidieron la medida de gracia», en El País, 27 de febrero de 2006 –http://elpais.com/diario/2006/02/27/espana/1140994814_850215.html–, consultado el 13 de enero de 2016).

NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, p. 81, sobre la demora en el tiempo de tramitación del indulto.

⁹⁹⁰ MAGRO SERVET, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», pp. 43-44; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 4», p. 38, califica como razonable y prudente la redacción de dicho apartado. Vid. SEGARRA CRESPO, «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad», pp. 4-5, sobre criterios sugeridos por la Fiscalía para oponerse a la suspensión prevista en el art. 4. 4 CP. Quizá ante, como señala SILES SUÁREZ, Fiscal Jefe de Área de la Fiscalía de Área de Elche, en conversación telefónica el 4 de mayo de 2017, la pretensión de emplear la solicitud de indulto como una tercera instancia y pretenderse la suspensión del procedimiento de forma automática.

⁹⁹¹ Art. 2 párrafo segundo CP 1973: «Del mismo modo, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultara penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito»; hoy mutado por la atención al mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, de contenido más amplio. Vid. BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», p. 855; y RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 4», p. 37.

⁹⁹² En esta línea, la STS de 9 de septiembre de 2015: «para valorar una norma penal desde esa perspectiva de proporcionalidad (STS 466/2012, de 28 de mayo) por más que el principio no quede al margen de las funciones de la jurisdicción ordinaria. a) De un lado, dentro de los límites legales, el principio ha de presidir la tarea de individualización penológica en cada caso atendiendo a los criterios del Código que remiten a esos cánones de

Para poder armonizar la tesis defendida en esta investigación con los postulados del CP se efectúa una propuesta de *lege ferenda* de reforma del tan mentado art. 4. 3 CP, con supresión del art. 4. 4 CP. En virtud de esta alternativa, se instituye al art. 4. 3 CP como la contrapartida natural y necesaria del apartado precedente, el numeral segundo, acogiendo la eventualidad de que el Juez o Tribunal se dirija al Gobierno para promover la descriminalización de una conducta o el alivio punitivo de un determinado tipo penal, y cuyo texto podría acoger la siguiente propuesta de redacción:

«2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

3. Con independencia de la facultad del Juez o Tribunal para elevar la oportuna cuestión de inconstitucionalidad de concurrir los requisitos habilitantes para ello, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación de un precepto, sin perjuicio de ejecutar la sentencia, cuando resulte penada una acción u omisión que, a su juicio, no debiera serlo o debiera llevar aparejada una consecuencia jurídica menos gravosa».

La redacción ofrecida es consecuente con la idea de que la figura del indulto no puede reputarse como idónea para alcanzar la proporcionalidad en la aplicación del texto de la ley ni adecuada como mecanismo de individualización de la pena o la de su ejecución⁹⁹³, y con la postura que defiende que las pretensiones de corrección normativa no han de producirse por la vía del indulto⁹⁹⁴, sino a través de las modificaciones legislativas oportunas⁹⁹⁵.

| | | |
|---|--|---|
| 2 | Proporcionalidad, mecanismo de individualización de la pena | <ul style="list-style-type: none"> - Individualización y determinación de la pena por el aplicador del Derecho - Individualización en fase de ejecución - Cuestión de inconstitucionalidad - Solicitud de derogación o modificación de las normas penales (propuesta de reforma del art. 4. 3 CP) |
|---|--|---|

proporcionalidad. b) De otra parte, en los casos excepcionales en que se detecte ese "derroche inútil" de coacción que podría acarrear la ilegitimidad de la norma, podrán reenviar la cuestión al TC, único órgano con poderes constitucionales de enmienda del legislador. c) Por fin, y esa prescripción representa una indubitada resonancia normativa del principio de proporcionalidad, pueden los órganos judiciales elevar una memoria al Gobierno exponiendo lo conveniente cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4. 3 CP)».

GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», p. 85, datan el origen del art. 4. 3 CP en el CP de 1850.

⁹⁹³ SEBBA, «The pardoning power – A world survey», p. 83: «The individualization of punishment is provided for within the framework of the sentencing discretion now generally bestowed upon the courts, and subsequent developments can be taken into consideration by parole boards».

⁹⁹⁴ GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, p. 75. En contra, MESTRE DELGADO, «Gracia y Justicia (1)», p. 3.

⁹⁹⁵ STS de 25 de junio de 1990: «1) El principio de proporcionalidad es una exigencia de nuestro Ordenamiento Jurídico puesto que la justicia (artículo 1.1) es, en sí misma, proporción y equilibrio. De distinta manera se dirige al legislador ordinario y a los Jueces y Tribunales y, en general, a todos los Poderes Públicos. (...) 4) Ha de existir adecuación o congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración del bien jurídicamente relevante (STC 13/1985 y 66/1989 del 17 de abril). Pero, como ya se dijo, corregir las posibles disfunciones es tarea legislativa».

| | | |
|--|--|---|
| | | Derogación o modificación de las normas penales (arts. 81 ss. CE) |
|--|--|---|

Las anteriores construcciones se formulan en términos generales y con carácter universal. Sin embargo, no puede desatenderse el hecho de que el argumento de la desproporción de la respuesta punitiva al caso concreto y la eventual posibilidad de aplicar el indulto en estos supuestos ha sido proyectada en la praxis fundamentalmente en seis constelaciones de supuestos: **(a)** dilaciones indebidas; **(b)** advenimiento de pena natural simultánea o posterior al acometimiento del hecho punible; **(c)** escenarios en los que la legislación no haya previsto una causa de justificación o circunstancia de atenuación que permita la moderación de la respuesta penal en supuestos específicos; **(d)** cuando la causa de justificación o circunstancia de atenuación no ha podido ser alegada en plenario por razones de seguridad nacional o personal que luego decaen; **(e)** la denominada «razón humanitaria», derivada de una situación de padecimiento del preso por enfermedades cualificadas o senectud avanzada; y **(f)** existencia de requisitos para aplicar los límites al máximo de cumplimiento efectivo de la condena.

4.3.2.1. Desproporción entre hecho y pena. Dilaciones indebidas

No es una postura residual aquella que defiende acudir a la figura del indulto como correctivo en aquellos casos en que la tardanza en la aplicación de la pena genera situaciones que pudieran entenderse contrarias a la justicia material por la desproporción sobrevenida entre el hecho delictivo cometido y la pena a aplicar al sujeto⁹⁹⁶; como respuesta ante una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas⁹⁹⁷.

El análisis empírico⁹⁹⁸ demuestra que estos casos no son aislados y recurrentemente surgen supuestos en los que condenados respecto de los que ha transcurrido un extenso periodo de

⁹⁹⁶ Ilustrativa la STS de 28 de febrero de 1992, en la que se tardó cerca de catorce años en tramitar el procedimiento a pesar de que la investigación del delito de homicidio no entrañaba complejidad, resolución que destaca la utilidad del indulto ante estas circunstancias: «tan notoria dilación que infringe abiertamente el derecho, constitucionalmente consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución a un proceso “sin dilaciones indebidas”. El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora – incluso por carencias estructurales que derivan del aumento del número de causas– está juzgando a un hombre –el acusado– distinto en su circunstancia personal, familiar o 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. El problema de reparar las consecuencias de esta vulneración del derecho constitucional, no encuentra otra solución que la de reducir la pena impuesta propiciando una medida de gracia que permita aplicar al condenado el beneficio de la remisión condicional; y a este propósito, por razones de equidad y de justicia –la justicia lenta es una forma de injusticia–, con el soporte legal que ofrece el párrafo segundo del artículo 2 del Código Penal, corresponde la decisión de elevar exposición-propuesta al Gobierno de la Nación».

⁹⁹⁷ BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 499; GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 76-90.

NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, pp. 77-83, 139, 141-143, crítica, sobre la postura favorable del TS de promover el indulto como remedio a las dilaciones indebidas; misma autora, «Notas acerca del indulto», pp. 234-235.

⁹⁹⁸ Entre innumerables citamos, por reciente, el caso enjuiciado en junio de 2010 ante el Juzgado de lo Penal núm. 13 de Sevilla que condenó a A.M.M. a seis meses de prisión por un hurto de una bicicleta del servicio público de préstamo de Sevilla, cometido el 14 de junio de 2008 cuando tenía 18 años. El 5 de junio de 2014 se confirmó por parte de la Audiencia Provincial de Sevilla la sentencia y el 22 de septiembre de 2015 se

tiempo entre la fecha del hecho delictivo cometido y la fecha de dictado de la sentencia o entre la primera y la fecha de ejecución efectiva de la pena⁹⁹⁹, se alzan para interesar que les sea concedido el indulto porque, principalmente, sus circunstancias personales han variado y, atendidas las corrientes, de ejecutarse el efectivo ingreso en prisión, ya no se respetaría el canon de proporcionalidad en la aplicación de la pena o en la ejecución de ésta. En estos casos se adiciona un argumento coadyuvante, basado en que el fin resocializador al que fundamentalmente se orienta la pena ya ha sido realizado¹⁰⁰⁰, perdiendo ésta su función¹⁰⁰¹. La ejecución de la pena respecto del sujeto rehabilitado, ya innecesaria, ocasionaría el indeseado efecto contrario¹⁰⁰²: un retroceso en su proceso de readaptación social¹⁰⁰³. Por todo lo anterior, se arguye, ha de otorgarse el indulto¹⁰⁰⁴.

denegó la suspensión de la ejecución de la pena de prisión a pesar de ser alegada una nueva realidad personal (dos hijos y un trabajo estable), habida cuenta de que previamente había disfrutado de una suspensión de una pena de prisión de 10 meses por un delito de allanamiento de morada que, según el Juzgado de lo Penal núm. 13 de Sevilla, ningún efecto rehabilitador había reportado. El consistorio hispalense apoyó institucionalmente la concesión del indulto solicitada por el condenado. Aunque no se produjo un expreso pronunciamiento del Consejo de Ministros sobre dicha petición, el Ministro de Justicia se mostró desfavorable a su otorgamiento por sus antecedentes penales (<http://www.europapress.es/nacional/noticia-catala-niega-indulto-joven-robo-bici-publica-antecedentes-penales-20160615133546.html>, consultado el 17 de junio de 2016). Finalmente, el condenado ingresó el pasado 15 de junio de 2016 en un Centro de Inserción Social para el cumplimiento de los seis meses de privación de libertad. Otro caso paradigmático fue el de D.R.M., toxicómano rehabilitado respecto del que se pronunciaron sendas sentencias condenatorias en 2007 y 2009 por hechos cometidos cuando contaba 18 años por unas papelinas de heroína. Al condenado se le concedió en virtud del RD 208/2013, de 15 de marzo un indulto (ulteriormente corregido el 23 de marzo de 2013) y, respecto de la otra sentencia condenatoria se le aplicó un grado penitenciario mixto (entre el segundo y tercer grado) en virtud de lo dispuesto en el art. 100. 2 RP. El último de los supuestos recientes en los que se ha aducido este argumento ha sido el caso de N.N.T., indultada con motivo de la Semana Santa en virtud del RD 122/2016, de 18 de marzo. Fue condenada por delito contra la salud pública por unos hechos cometidos en 2007 y condenada por la Audiencia Provincial de Alicante el 13 de julio de 2015, cuando ya era madre de dos hijos pequeños.

⁹⁹⁹ LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 179-180, citando un estudio realizado en 2002, apunta a que el tiempo promedio entre la fecha de comisión del delito y la ejecución de la sentencia es de tres años.

¹⁰⁰⁰ STS de 5 de marzo de 1993, en la que se interesa el indulto al no existir entonces previsión legal, ya que: «esta Sala no puede menos de sensibilizarse a esta situación y repetir (...) que cuando se juzga más allá de un plazo razonable cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por el exceso de trabajo, se está juzgando a un hombre, el acusado, distinto en sus circunstancias personales, familiares y sociales, por lo que la pena no cumple, ni puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de reinserción social del culpable, que son fines justificantes de la sanción. (...) Sería deseable, por último, que nuestras leyes procesales y penales contemplaran tal violación a un derecho fundamental, como un supuesto que permitiera rebajar la pena, como una compensación que el propio Estado otorgaría en el momento de imposición de la sanción en consideración al mal que lleva consigo para el reo la existencia de una dilación indebida»; o STS de 28 de enero de 1994.

WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 52-53.

¹⁰⁰¹ Vid. apartado 5.3.2. *Teorías de la prevención especial*.

¹⁰⁰² Ese mismo argumento pretendió servir de base a la propuesta del art. 91. 1. 3 del Código Procesal Penal, finalmente no aprobado.

BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 26, lo destaca como uno de los casos para los que tiene virtualidad actualmente la figura de indulto, mientras la legislación no permita su apreciación: «En estos supuestos, que no resultan cubiertos por los plazos de la prescripción (...) la ejecución de la pena lleva aparejada tantas consecuencias negativas desde el punto de vista personal, familiar, laboral y social del condenado, que su efecto preventivo general resultará, en muchos casos, neutralizado porque es socialmente percibido como una pena cuyas consecuencias tardías superan ampliamente la gravedad del hecho punible cometido. En la práctica los tribunales aconsejan en estos casos una reducción parcial de la pena de prisión impuesta, lo que, por lo general, no resuelve el problema, pues la ejecución del resto de la

No resulta ocioso señalar que, en estos casos, se trataría de un transcurso prolongado del tiempo que no alcanzara tamaña extensión como para que fuera de aplicación la institución de la prescripción, enumerada como otra causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130 CP). Como sucede con el indulto, la prescripción supone también la renuncia efectiva del ejercicio del *ius puniendi* del Estado –si bien en el indulto se renuncia a la ejecución de ese *ius puniendi*¹⁰⁰⁵– habida cuenta de que otras razones o intereses distintos de esa necesidad de punición de hechos delictivos, se anteponen y resultan preferidos.

4.3.2.1.1. Dilaciones indebidas antes de la sentencia

El incumplimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o proceso resuelto dentro de un plazo razonable (art. 24. 2 CE) vino a resolverse en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁰⁶ durante un periodo de tiempo extenso con la institución del indulto¹⁰⁰⁷, no sin reticencias¹⁰⁰⁸, como alternativa razonable frente a la inejecución de la sentencia¹⁰⁰⁹.

pena tiene los mismos efectos desocializadores que la ejecución total. Para estos casos, el Derecho vigente no tiene hoy en día una solución adecuada. Mientras tanto, pueden constituir uno de los supuestos en los que se puede justificar racionalmente el derecho de gracia». KRASCHUTZKI, «Begnadigung», p. 226; MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 318; SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», pp. 1251-1252.

MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, p. 186, destaca la posibilidad de previsión normativa que contrarreste aquel eventual efecto desocializador de una ejecución de la pena privativa de libertad: «Zusammen mit dem Hinweis auf eine fast durchweg großzügigere Handhabung im Ausland wird danach bei der (sofortigen) Strafaussetzung zur Bewährung vor allem die Streichung der Einjahresgrenze (§56 Abs. 1 StGB) und auch der “Besondere-Umstände“-Klausel (§56 Abs. 2 StGB) gefordert. Selbst ein Entfallen jeder zeitlichen Schranke wird für möglich und wünschenswert gehalten».

¹⁰⁰³ DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 513.

¹⁰⁰⁴ Argumentos utilizados, a título de ejemplo, en la petición del indulto después concedido en virtud del RD 1027/1990, de 27 de julio. Dicho supuesto, a pesar del indulto, fue planteado ante el Tribunal Constitucional por entender que el ingreso en prisión produjo un acto vulnerador de derechos fundamentales. El Tribunal inadmitió el recurso de amparo en virtud del ATC de 5 de octubre de 1990.

Aunque crítico con la institución, ORTEGO PÉREZ, «El indulto controversias de su ejercicio y necesidad de reforma», p. 13, apunta este fin. Compartiendo la visión crítica, QUERALT JIMÉNEZ, «El “Caso Liaño”, Indulto no, gracias», reflexiona respecto del estado del ordenamiento vigente a 29 de marzo de 2000: «El indulto, salvo en casos especialmente desgraciados de lentitud judicial, para cuya solución el legislador no arbitra los mecanismos legales que debería, es un rescoldo del poder absoluto y discrecional del soberano, que hoy ejerce el Gobierno de turno por razones de oportunidad».

¹⁰⁰⁵ DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», pp. 633-635, define, por ello, a la «gracia como “ius non puniendi”», destacando la «antítesis dialéctica» de la gracia, al neutralizar o contradecir las «misiones asignadas al Derecho penal».

¹⁰⁰⁶ También en Derecho comparado: actualmente, el art. 118. 21 *in fine* de la Constitución de Perú, expresamente contempla la facultad del Presidente de la República para conceder anticipadamente –sin condena firme– el indulto en estos escenarios: «Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria». DÍAZ GUEVARA, «Fundamentación ius filosófica de la inconstitucionalidad del indulto a procesados», en Derecho y Cambio Social, núm. 43, año 13, 1 de febrero de 2016, pp. 3, 13-19 cuestiona la medida y advierte cómo el impacto de dicho precepto, incorporado para atajar en Perú el problema del alto número de procesados sin condena (75% en 1990), no ha sido satisfactorio.

¹⁰⁰⁷ PÉREZ-CRUZ MARTÍN/RODRÍGUEZ GARCÍA, «Regulación del derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas: de la atenuante analógica a la atenuante específica del Código Penal», p. 569.

BELLOCH JULBE, en entrevista concedida el 20 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 269, 271, 273, reconoce la aplicación del indulto para resolver las dilaciones indebidas cuando no existía la atenuante legal.

Dicha opción, inaugurada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 22 de febrero de 1989¹⁰¹⁰, prefería el indulto por ser ésta una figura inspirada por la equidad. Así fue defendido entonces por parte de la doctrina¹⁰¹¹, algún pronunciamiento del Tribunal

¹⁰⁰⁸ STS de 8 de junio de 1999; STS de 23 de junio de 1993: «no se entiende bien que la contemplación y constatación de una prolongada paralización de las actuaciones con solución de continuidad sólo pueda dar lugar a la utilización del indulto, que no es función de los Jueces aplicar, sino, en su caso, proponer o informar, y a la indemnización que puede venir a ser cuando se hace efectiva, un nuevo contrasentido, al obligar a cumplir una pena y por ese cumplimiento, que se considera conforme a Derecho, generarse una indemnización cuando en el propio Derecho Penal debieran encontrarse fórmulas adecuadas para resolver el problema, bien creando un nuevo precepto, una especie de cuasi-prescripción que permitiera reducirse la pena en proporción al tiempo indebidamente utilizado en el procedimiento, con fijación de unos determinados límites con obligación de motivar, o bien utilizando una circunstancia de atenuación que permitiera hacer uso de la analogía referida, no a las atenuantes ya existentes, sino al conjunto del sistema, así con proyección al principio de justicia, al de proporcionalidad (art. 1.1 de la Constitución) para alcanzar así un equilibrio entre la culpabilidad “vigente” del sujeto infractor y la pena, o bien por otra vía de corrección de la anomalía que acaba de señalarse, en virtud de la disociación existente entre el tiempo en que la infracción se produjo y el momento en que se sanciona».

ASUA BATARRITA, «Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal», pp. 171-174; o BACIGALUPO ZAPATER, voto particular a la STS de 6 de julio de 1992, donde se destaca la vulneración del principio de la separación de poderes que acarrea dicha solución «dado que remite a un poder diverso del judicial la reparación de una lesión jurídica»; mismo magistrado, voto particular formulado a la STS de 10 de mayo de 1994: «Como es lógico ello implica considerar como opuesto al principio constitucional de la división de poderes, sostener que la única vía de reparación de tales lesiones sería el indulto en los términos del art. 2 CP., toda vez que la reparación de las lesiones de los derechos es una función esencial del Poder Judicial y no puede ser renunciada por éste en favor de la discrecionalidad del Ejecutivo»; y mismo magistrado, voto formulado a la STS 29 de febrero de 1996, en la que destaca la necesidad de reparar la lesión del derecho fundamental con la correspondiente atenuación de la pena y que apunta que la utilización del indulto en estos casos: «presupone que la existencia de un derecho fundamental carece de protección jurídica y que sólo podrá ser tenido en cuenta por la vía del derecho de gracia según la discrecionalidad del ejecutivo».

Sobre las distintas alternativas que se manejaban a principios de los años 90, STS de 9 de marzo de 1994: «al pronunciarse sobre los posibles efectos que, en el proceso penal, cabe reconocer a tal hecho [dilaciones indebidas], se descartan varias de las “soluciones apuntadas”: a) condenar y no ejecutar la sentencia (tesis que carece de todo apoyo legal); b) dictar sentencia absolutoria por aplicación analógica de la institución de la prescripción (pero esta tesis olvida que la aplicación de la prescripción en el ámbito del Derecho no obedece a razones de justicia sino simplemente de seguridad jurídica); y c) estimar una atenuante analógica –art. 9.10º C.P.– (tesis mantenida en alguna sentencia aislada de esta Sala y definitivamente olvidada después por cuanto las atenuantes del art. 9 del Código Penal tienen en cuenta circunstancias de hecho relativas a la persona del reo y a su personal comportamiento, coetáneas al delito salvo la de arrepentimiento espontáneo, y que afectan claramente –todas ellas– a la culpabilidad del delincuente). Por consiguiente, solamente restan dos posibilidades, al margen de la utilización de las vías correspondientes al art. 121 de la Constitución: 1º) tener en cuenta las dilaciones a la hora de determinar concretamente las penas a imponer (que es lo que ha hecho la Sala de instancia –v. FJ 3º de la sentencia recurrida–); y 2º) solicitar, en su caso, un indulto total o parcial (v. sº de 12 de mayo de 1.993, entre otras)».

¹⁰⁰⁹ Entre muchas, STC de 20 de diciembre de 1993, de 12 de mayo de 1994 o de 31 de enero de 1994, que advertía: «la dilación indebida del proceso no puede traducirse en la inexecución de la Sentencia con la que éste haya finalizado, ni tampoco –como pretendía el actor en el proceso a quo– la responsabilidad criminal ha de quedar alterada por la vía de aplicación de eximentes o atenuantes por el hecho de eventuales dilaciones. (...) Dada la desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y de la responsabilidad, no cabe pues extraer de aquéllas una consecuencia sobre ésta, ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inexecución de la Sentencia condenatoria dictada. Si el órgano judicial estima que su ejecución puede producir efectos indeseados de cualquier género, el ordenamiento prevé a estos fines mecanismos como el del indulto, apropiado, como se ha dicho antes, para, sin desvirtuar su obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, obtener de una manera jurídicamente correcta el fin de la ejecución de la condena».

¹⁰¹⁰ ASUA BATARRITA, «Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal», p. 165.

¹⁰¹¹ SERRANO GÓMEZ, «Indulto por dilaciones indebidas (art. 2.º párrafo 2.º)», en Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 6, Madrid, 1994, p. 285: «Finalmente la jurisprudencia citada considera que el

Constitucional¹⁰¹² y el Tribunal Supremo, que lo reflejó incluso en la redacción del acuerdo del Pleno fechado el 2 de octubre de 1992¹⁰¹³ en el que declaraba que la fórmula adecuada para compensar las dilaciones indebidas debía ser el indulto, compatible con la reclamación de la oportuna indemnización por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ex arts. 9. 3, 106. 2 y 121 CE y arts. 292 ss. LOPJ.

El anterior acuerdo de 1992 fue sustituido ulteriormente por otro posterior suscrito el 21 de mayo de 1999 –que modificaba tal criterio para considerarlo como una circunstancia atenuante de análoga significación¹⁰¹⁴– y finalmente se introdujo en el texto legal como circunstancia atenuante 6ª del art. 21, insertada en su actual redacción por el apartado primero del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰¹⁵.

Cuando exista una dilación no ya en la tramitación del procedimiento, sino en el lapso temporal transcurrido entre la comisión de los hechos no prescritos y la incoación del procedimiento, escenario no comprendido por la vía del art. 21. 6ª CP, es destacable la existencia de pronunciamientos jurisprudenciales que sugieren la conformidad de acudir a *«una atenuante analógica o [...] una petición de indulto cuando ese largo tiempo entre los hechos y la condena convierta en perturbadora la prisión por tratarse de un sujeto ya rehabilitado»*¹⁰¹⁶.

El corregir a través de la figura del indulto lo que, se reconocía, era un problema de merecimiento de pena y proporción, suponía para sus defensores una ventaja consistente en la apertura de un proceso en el que se dirimiría si existían perjuicios adicionales a los materiales o morales. De esta forma, se aseguraba, podía conocerse si la dilación había

mecanismo más adecuado para reparar en la vía punitiva el impacto que sobre la personalidad del reo y sus posibilidades de reinserción social, pueda producir un proceso indebidamente dilatado, haciendo innecesario el cumplimiento de la pena impuesta o aconsejando su reducción, es el de acudir al principio de equidad que inspira la institución del indulto, bien solicitado por el reo, bien a propuesta del propio Tribunal, y ello sin perjuicio de la reparación que, quien se considere lesionado en su derecho, pueda reclamar por otra vía (Sentencias 31 de enero, 28 de febrero, 26 de junio, 6 de julio y 30 de octubre de 1992; 26 de enero, 11 de febrero, 5 de marzo y 7 de mayo de 1993)».

¹⁰¹² ATC de 16 de julio de 1997.

¹⁰¹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ/MENDOZA BUERGO/RODRÍGUEZ MOURULLO (Coord.), *Código penal*, pp. 46-47; cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Capítulo II, La circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por dilaciones indebidas en el proceso penal», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, p. 35, nota 21, sobre la sucesión de reuniones del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, celebradas con fecha 2 de octubre de 1992, 29 de abril de 1997 y 21 de mayo de 1999.

¹⁰¹⁴ Crítica, ASUA BATARRITA, «Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal», pp. 187, 191-193.

¹⁰¹⁵ OUBIÑA BARBOLLA, «Dilaciones indebidas», en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril-septiembre de 2016, p. 261, afirma: *«la posibilidad de que unas dilaciones indebidas puedan ser de una de esas razones de Justicia, equidad o conveniencia pública para otorgar esta gracia parece hoy una interpretación superada desde 1999 por la de considerarla como una circunstancia atenuante»*.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN/RODRÍGUEZ GARCÍA, «Regulación del derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas: de la atenuante analógica a la atenuante específica del Código Penal», pp. 573-574.

¹⁰¹⁶ STS de 22 de enero de 2015 o STS de 21 de marzo de 2014.

atenuado el sentimiento de injusticia que sufría toda víctima del delito y si el transcurso de tiempo había influido positivamente en la reinserción del condenado¹⁰¹⁷.

Sin perjuicio de orillar las reflexiones relativas a la valoración que merece el papel asignable a la víctima en los procedimientos de concesión de las medidas de gracia¹⁰¹⁸ –arts. 15 y 24 LI¹⁰¹⁹–, ninguno de los dos motivos alegados es atendible o, en la práctica, solucionable con la figura del indulto.

En primer lugar, debe recordarse que el sentimiento de injusticia que padezca el sujeto pasivo del delito no debe ser fundamento para graduar la pena o el nivel de ejecución de ésta (que parte del *ius puniendi* estatal¹⁰²⁰). Como segundo aspecto a destacar, la reinserción del sujeto activo y el cumplimiento del fin resocializador ha de partir, en primer lugar, de la proporcionalidad de las penas –que su duración no impida alcanzar dicho fin– y de la eventual compensación de la dilación en sede de fijación individualizada de la pena y, en segundo término, de una correcta regulación del régimen penitenciario que permita una reinserción adaptada del sujeto condenado.

Como razonaba DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO al extraer conclusiones de la jurisprudencia constitucional, luego matizada en la práctica, el indulto –como fórmula sustitutoria o complementaria a la restitución *in natura* del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas– no podía formar nunca parte de éste ya que la gracia, al igual que la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, «*rebasan el ámbito del proceso o la finalidad de la conclusión inmediata del mismo que conforman aquel contenido constitucional*»¹⁰²¹.

Sin embargo, se añade en este punto, una regulación específica en sede de ejecución que prevea unos regímenes especiales de suspensión de ejecución de las penas privativas de

¹⁰¹⁷ NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, pp. 143-144, sobre el empleo de dicho argumento; SERRANO GÓMEZ, «Indulto por dilaciones indebidas (art. 2.º párrafo 2.º)», p. 286.

¹⁰¹⁸ En este sentido se pronunciaba ya OCHOA, Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 284, sesión de 18 de mayo de 1870, pp. 8089-8090. Vid. DÍAZ LÓPEZ, «La participación de la víctima en el indulto», pp. 2, 4-11, con una propuesta de *lege ferenda* con la que pretende aclararse la intervención de la víctima en la tramitación del expediente de indulto, incidiendo en los postulados de la justicia restaurativa y la figura de la mediación penal; FERNÁNDEZ MANZANO, «Restorative Justice, Forgiveness and Reparation for the Victims», p. 393.

¹⁰¹⁹ STS de 20 de septiembre de 2016 anula la resolución de denegación de indulto al entender, también, que la audiencia a la parte agraviada prevista en el art. 24 LI es una diligencia esencial en la formación del procedimiento y, en el caso revisado, se omitió la necesaria averiguación del domicilio de aquélla.

¹⁰²⁰ En contra de este postulado y en contra de que pueda otorgarse un indulto por el Estado sin la anuencia de la víctima como único sujeto activo del perdón, BUESA BLANCO, «Víctimas del terrorismo y política del perdón», en Cuadernos de pensamiento político núm. 10, abril-junio de 2006, pp. 20-22, en relación con el fenómeno terrorista y su defensa de las víctimas como los únicos sujetos activos del perdón; DERRIDA, «El perdón», pp. 125-129, 135-136; FERNÁNDEZ MANZANO, «Restorative Justice, Forgiveness and Reparation for the Victims», pp. 393-394, sobre los postulados restaurativos y la necesidad de entender que el conflicto derivado de la comisión de un delito no pertenece al Estado, sino a la víctima y al autor; TORRALBA, *El perdón*, pp. 57-59; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», pp. 76, 79-80, matiza, diferenciando niveles de perdón (víctima, Estado y sociedad).

GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», en *Indret*, núm. 4, octubre de 2016, pp. 4, 17-18, advierte del despertar de estas teorías y del cambio de paradigma que proponen.

¹⁰²¹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Capítulo II, La circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por dilaciones indebidas en el proceso penal», p. 32; y mismo autor, «La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento», en *La Ley Penal*, núm. 80, marzo de 2011, p. 48.

libertad bajo determinadas circunstancias puede conjurar los efectos negativos de una entrada en prisión muchos años después de sucedido el hecho que ha dado inicio al procedimiento penal (caso de toxicómanos que fueron condenados por delito de hurto o robo y que se enfrentan con el dictado de la sentencia condenatoria –o su comienzo de ejecución– cuando ya han conseguido rehabilitarse¹⁰²²).

A mayor abundamiento, como apuntó VIVES ANTÓN, el poder judicial no puede, mediante la ejecución íntegra de la pena *ex art. 117. 3 CE*, agravar las consecuencias de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (*art. 24. 2 CE*) esperando a que lleguen a repararse mediante la concesión de un posible (pero nunca seguro, adicionamos) indulto¹⁰²³. Las críticas que se formularon en relación a este particular –y predicables a la generalidad por tratarse de reproches de calado constitucional¹⁰²⁴– fueron destacables: **(i)** vulneración de principio de separación o división de poderes; **(ii)** tutela judicial efectiva; y **(iii)** seguridad jurídica porque «*la concesión del indulto es discrecional*»¹⁰²⁵.

Adicionalmente a los anteriores reproches se construye una censura elaborada por BACIGALUPO ZAPATER que no puedo por menos que compartir y que puede hacerse igualmente extensible a otras finalidades anudadas a la figura del indulto (como, por ejemplo, la utilización de esta figura para la corrección de errores judiciales): si el ser juzgado sin dilaciones indebidas supone la vulneración de un derecho fundamental, la restauración de dicha violación no puede dejarse al albur de una *medida de gracia* y de lo que del uso discrecional de ella pueda depender. De ser así, se convierte un derecho fundamental en «*una simple promesa de trato gracioso*»¹⁰²⁶.

Dadas las anteriores censuras, fue el legislador, como competente para ello, el que se enfrentó a la problemática y corrigió las posibles desviaciones que la aplicación del Derecho, mediando

¹⁰²² Cfr. MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 224: «*En estos supuestos, mejor que de derecho de gracia habría que hablar de acto de justicia dirigido a individualizar la pena más allá de lo que permiten las reglas generales*».

¹⁰²³ VIVES ANTÓN, *II La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 97.

¹⁰²⁴ Recopiladas sintéticamente por ASUA BATARRITA, «*Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal*», pp. 173-174.

¹⁰²⁵ Vid. capítulo 6. *Ámbitos de tensión de la figura del indulto en un Estado de Derecho. Análisis constitucional*.

¹⁰²⁶ Voto particular emitido por BACIGALUPO ZAPATER a la STS de 27 de enero de 1997 en la que se apreciaba la vulneración del derecho a las dilaciones indebidas, acordándose solicitar al Gobierno el indulto parcial de la pena impuesta al recurrente: «*La vulneración de un derecho fundamental no puede carecer de reparación jurídica. Ésta, 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. Por otra parte, en el ámbito del derecho penal no cabe remitir al titular del derecho vulnerado a una posible reparación pecuniaria, toda vez que el principio de culpabilidad impone que la lesión jurídica sea computada en la pena aplicable, dado que constituye una compensación (por regla parcial) de la culpabilidad del autor en el momento del hecho. (...) En consecuencia, no cabe sostener que la cuestión es ajena al derecho penal y que, en todo caso, tiene naturaleza administrativa, dado que se trata de una consecuencia del principio de culpabilidad, cuyo carácter penal nadie se ha permitido poner en duda*». En el mismo sentido, NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, p. 80: «*El mayor inconveniente que plantea, a nuestro juicio, es que se deja en manos del poder ejecutivo la reparación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas*»; misma autora, «*Notas acerca del indulto*», p. 235: «*La reparación de un derecho fundamental como el de no padecer dilaciones indebidas en el proceso no puede depender del indulto*». También DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 831.

excesiva dilación temporal, ocasionaba. Bien en el extremo del tracto prescriptivo –que nunca se situó en plano tangente con la figura del indulto y cuya naturaleza es extraña a la que configura las dilaciones indebidas–, bien incorporando expresamente la circunstancia atenuante prevista en el art. 21. 6ª CP¹⁰²⁷.

Siendo ésta la solución legalmente adoptada para superar la aplicación de la institución del indulto en estos escenarios, resulta difícilmente sostenible que permanezca un reducto para la figura del indulto en ellos, aunque se le otorgue un carácter subsidiario: cuando, a pesar de que sea apreciada la circunstancia atenuante –incluso como muy cualificada–, todavía exista un margen de pena a imponer o cuando no concurren la totalidad de requisitos para observarla¹⁰²⁸. En estos supuestos se ha preferido una alternativa, que ha sido configurada normativamente con el establecimiento de una serie de exigencias legales concretas. Se ha optado expresamente por atenuar la responsabilidad penal del que será finalmente condenado cuando concurren determinados presupuestos a través de la introducción de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, rechazando el resto de opciones posibles y rehusando cualquier otra configuración que pudiera ser adoptada. Por ello, ningún papel, siquiera supletorio, puede representar el indulto para suplantar otras alternativas que, de facto, han sido rechazadas; ni acudir a su utilización cuando no concurren los requisitos normativos cuya presencia ha sido exigida por el legislador para otorgar virtualidad a la dilación indebida.

4.3.2.1.2. Dilaciones indebidas después de la sentencia

Para el caso en que ese retraso temporal calificable como excesivo e indebido no hubiera podido ser advertido en el momento de dictarse sentencia (a través de la aceptación de la concurrencia de una circunstancia atenuante), por ser irrogada con posterioridad a su dictado –en el tracto ejecutivo de la pena tras la emisión de la resolución–, también se defiende acudir a la figura del indulto¹⁰²⁹.

El hecho de que las dilaciones indebidas puedan aparecer en cualquier fase del proceso, incluida la fase de ejecución, no es un extremo controvertido¹⁰³⁰; lo que sí que lo es, es que se tenga que anudar alguna consecuencia concreta que minore la carga punitiva efectiva si su aparición se produce tras el dictado de la sentencia y, sobre todo y lo que esta investigación pone en duda, que sea el indulto la solución adecuada para estos casos. Ello, incluso aun

¹⁰²⁷ GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, p. 85: «Modificación legislativa que viene a sofocar, como decíamos, gran parte de la controversia avivada en torno a la oportunidad o inoportunidad de reconducir por el cauce de la atenuación de la responsabilidad criminal la existencia de dilaciones indebidas, evitando así la indeseable tendencia a obtener por la gracia de indulto particular lo que es susceptible de obtenerse por la ley penal»; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 89-102.

¹⁰²⁸ A favor, sin embargo, GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 86-89; GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», p. 96; MAGRO SERVET, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», p. 39. HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 84, 369, reconoce que la Unidad de indultos sigue recibiendo solicitudes por esta causa, a pesar de haberse aplicado en sentencia la circunstancia atenuante.

¹⁰²⁹ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25; GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 85-87.

¹⁰³⁰ Por todas, STC de 18 de octubre de 2004.

cuando opiniones tan autorizadas como las de MOLINA FERNÁNDEZ pretendan aceptar la aplicación del indulto para situaciones análogas a las que se darían en un escenario de cuasiprescripción de la pena¹⁰³¹. Dichas posturas mantienen que, de aceptarse la gradualidad en la prescripción del delito, por medio de la atenuante analógica, no existe obstáculo alguno para poder admitir lo propio, respecto de la prescripción de la pena, y solucionar el silencio del legislador a través de la figura del indulto¹⁰³².

Los defensores de asumir la figura del indulto en estos supuestos se basan en la ausencia de previsión legal que los comprenda expresamente y, sobre todo, en la imposibilidad de que dichos casos puedan ser introducidos a través de previsiones normativas que formalmente los regulen¹⁰³³.

Sin embargo, el escenario normativo contradice las anteriores razones. Si se aceptase que las dilaciones indebidas en fase de ejecución deben desplegar efectos para aliviar la aplicación de la pena al condenado, existe la previsión legal expresa de dos figuras básicas: **(i)** la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 80 y ss. CP) que, al tener en consideración las «*circunstancias personales del penado*» (art. 80. 1 y 80. 3 CP) permite incorporar y considerar el factor del tiempo transcurrido (entre los hechos y el momento de ejecución de la sentencia) proyectado en el sujeto; y **(ii)** el régimen penitenciario –incluidos los beneficios penitenciarios entre los que se encuentra la libertad condicional (art. 90 CP), con posibilidad de adelantamiento en su aplicación (art. 205 RP)–, que atiende a los principios de individualización del tratamiento y de flexibilidad (arts. 102 y 100. 2 RP)¹⁰³⁴.

De entenderse que los dos elementos reseñados pudieran reputarse insuficientes para alcanzar una solución que cumpliera con la ejecución de una pena proporcional y materialmente justa, lo que procedería –y que no ha acometido conscientemente el legislador– sería introducir una nueva circunstancia expresa en el art. 80 del CP que permitiera

¹⁰³¹ Por todas, STS de 10 de septiembre de 2009.

¹⁰³² MOLINA FERNÁNDEZ, esquema intitolado «El derecho de gracia y sus razones: justicia, necesidad, clemencia y cautela», distribuido en la reunión del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, celebrada el 16 de noviembre de 2016.

En un sentido próximo, DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 828, para supuestos en los que se «*se esté cerca de la extinción de la condena*» por prescripción de la pena en contextos de quebrantamiento de condena (art. 134 CP); mismo autor, «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», p. 12.

¹⁰³³ GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 55, 85.

¹⁰³⁴ LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 185.

Ello llega incluso a ser reconocido como adecuado entre los que, por el contrario, defienden la institución del indulto en estos escenarios GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, p. 90: «*En las situaciones de hecho aquí contempladas y para el caso de haber sido impuesta pena privativa de libertad, en ejecución, se estima, sin embargo, que, desde el punto de vista técnico, sería más procedente (aunque no existe incompatibilidad entre ambas pretensiones) la solicitud de concesión de un tercer grado penitenciario, pues, entre otras cosas, el interno podrá conseguir por justicia lo que, quizá, no se le conceda por gracia*».

GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 36.

la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en todos aquellos casos en que se produjera una dilación indebida de carácter excesivo tras el dictado de la sentencia¹⁰³⁵.

Bastaría para ello incorporar un nuevo ordinal en el art. 80 CP cuyo tenor literal rezase: «*Los jueces o tribunales podrán otorgar la suspensión de la ejecución de las penas de prisión [sin sujeción a requisito alguno] en el caso de que concurra una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento con posterioridad a que la sentencia alcance firmeza, siempre que no sea atribuible al propio inculpado, salvo que en el momento de comisión del delito tuviera ya otra suspendida por el mismo motivo*».

Por tanto, decaen los argumentos que se erigían como justificaciones de la utilización de la figura del indulto en casos de dilaciones indebidas con posterioridad al dictado de la sentencia y, por tanto, acudir a esta institución deviene innecesario y superable por las previsiones (presentes o futuras) del propio texto normativo.

4.3.2.1.3. Dilaciones indebidas en casos de rehabilitación de drogodependientes

Las problemáticas derivadas del angosto margen que los delitos contra la salud contenían para adecuar, bajo el principio de proporcionalidad, hecho cometido y pena¹⁰³⁶ (también en Derecho comparado¹⁰³⁷) y de la rehabilitación del drogodependiente condenado (supuesto

¹⁰³⁵ En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, «¿No habrá más indultos para los corruptos?»; NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, pp. 80-83: «*En nuestra opinión, la opción más adecuada de lege ferenda ante la existencia de dilaciones indebidas en el proceso penal sería la suspensión condicional de la pena impuesta, con independencia de la duración de dicha pena, máxime si se trata de una persona ya resocializada dado el largo tiempo pasado desde que cometió el delito*» (p. 80). Para el caso de que no se trate de una dilación que no alcance el grado de indebida, NAVARRO VILLANUEVA aboga por clasificar al condenado en tercer grado de tratamiento o régimen abierto, si consta resocializado. Sin embargo, SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 80, defiende la introducción de un recurso extraordinario «*de análoga factura al de revisión*».

¹⁰³⁶ DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», pp. 16, 26, sobre la constatación empírica del gran número de indultos concedidos en relación con condenas por delitos contra la salud entre 2000 y 2008, por su excesiva penalidad; GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», pp. 86-88; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 470-471.

¹⁰³⁷ Razón por la cual, OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», expresidente de los Estados Unidos de América, otorgó –durante su mandato– 1023 conmutaciones de penas (de los que 342 estaban condenados a cadena perpetua) que, en su mayoría, fueron impuestas en delitos contra la salud pública no violentos «*por su desproporción*», o por suponer la ejecución de penas de prisión «*under outdated and unduly harsh sentencing laws*» según se explica en sendas decisiones de concesión (<https://www.whitehouse.gov/blog/2015/12/18/president-obama-has-shortened-sentences-more-people-last-5-presidents-combined>, consultado el 2 de enero de 2016; <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/06/03/president-obama-grants-commutations>, consultado el 8 de junio de 2016; <https://www.whitehouse.gov/blog/2016/08/03/president-obama-commutes-sentences-214-additional-people>, consultado el 5 de agosto de 2016). Adicionalmente, en la decisión de conceder las 58 conmutaciones el 5 de mayo de 2016, hacía mención a los comportamientos postdelictivos extraordinarios de aquellos reos a los que se había sometido a un «*excessive punishment*» que «*doesn't fit the crime*» (<https://www.whitehouse.gov/blog/2016/05/05/nation-second-chances>, consultado el 7 de mayo de 2016). Es reseñable que en la comunicación de 214 indultos datada el 3 de agosto de 2016, se apunte a la necesidad de superar la medida de perdón por una modificación legislativa: «*While we continue to work to act on as many clemency applications as possible, only legislation can bring about lasting change to the federal system*». Vid. OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», pp. 835-838 y «A Nation of Second Chances: President Obama's Record on Clemency», en WHITE HOUSE, 22 de noviembre de 2016

paradigmático en que se ha discutido específicamente la cuestión de las dilaciones indebidas) no se han dejado al albur de un trato gracioso cuya concesión se materializaría, quizá, a través de la concesión individual de indulto¹⁰³⁸, sino que el legislador se ha encargado nuevamente de adecuar la respuesta punitiva a las concretas circunstancias de estos casos.

Es precisamente para estos escenarios para los que el legislador ha modulado el texto de la ley, adecuándolo a las concretas circunstancias del caso, pudiendo ser también distinguidas en este grupo de casos, dos fases: antes y después del dictado de la sentencia.

Antes de que dicha resolución sea dictada, el Juez o Tribunal puede acudir –para individualizar la pena a imponer– a la causa de exención prevista en el art. 20. 2º CP o a la circunstancia de atenuación del art. 21. 1ª CP (además de la previsión, a modo de cierre, del art. 21. 7ª CP). La potencial severidad de las penas, a la que antes se hacía mención, ha sido recientemente moderada, reduciéndose el margen máximo de las penas previstas en el art. 368 CP¹⁰³⁹ –en virtud de la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio¹⁰⁴⁰–, lo que se proyecta directamente en la posibilidad de acceder con mayor facilidad al régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Suplementariamente se ha adicionado un relevante segundo párrafo a dicho precepto –permitiendo la imposición de una pena inferior en grado, atendida la escasa entidad y circunstancias personales– y se ha introducido una modalidad atenuada del art. 376 CP cuyo párrafo segundo (redactado conforme a la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), permite, incluso, en supuestos en que la cantidad no fuera de notoria importancia o extrema gravedad, la imposición de la pena inferior en uno o dos grados al reo que «*siendo drogodependiente en el momento de la comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación*».

(<https://perma.cc/RZ5S-AHTD>), consultado el 14 de febrero de 2017. BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», pp. 862-864.

¹⁰³⁸ ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 282; ROBLES FERNÁNDEZ, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 251-252, 255-256.

¹⁰³⁹ La STS de 29 de octubre de 2015, proclive a la concesión de indulto en estos casos, recuerda un argumento favorable a la tesis que aquí se sostiene: «*la asunción de la tesis mayoritaria de la Sala determina la imposición de una pena mínima de 6 años y 1 día, lo que se considera absolutamente desproporcionado con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor y prueba de ello es que la propia Sala se compromete a informar favorablemente un indulto para que se reduzca. Sobre este punto es del caso mencionar que la incorporación al Código de la figura atenuada del art. 368.3 C.P., fue en buena medida consecuencia de una solicitud al Gobierno de la Sala Segunda del T.S., conforme prevé el art. 4. 3º CP, para que si lo tenía a bien procediera a la incorporación en el C. Penal de una figura delictiva contrapuesta a la cualificación de notoria importancia. Si la notoria importancia de la droga exasperaba la pena en esta clase de delitos, se hacía preciso contar con una figura delictiva que contemplara los supuestos en que la droga objeto del delito la integraban cantidades mínimas. Junto a la notoria importancia debía figurar la notoria insignificancia, como instrumento individualizador de la pena, acorde con el principio de proporcionalidad*». HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 82-84, reconoce la disminución del número de solicitudes de indulto debido a las últimas reformas legislativas producidas, como, por ejemplo, la nueva redacción dada al art. 368 CP.

¹⁰⁴⁰ FAKHOURI GÓMEZ, «Capítulo XXII, Los delitos relativos al tráfico de drogas», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, pp. 505-508, sobre el sentido de la reforma, inspirada en reforzar el principio de proporcionalidad, incide en que la modificación vendría a paliar las críticas doctrinales sobre la desproporción de dichos preceptos.

Con dicho catálogo de medidas legislativas –aplicables para cualquier drogodependiente rehabilitado–, se permite una mejora en la individualización de la pena al supuesto concreto. Ergo, la institución del indulto en estos supuestos, no es ni precisa ni adecuada¹⁰⁴¹.

Adicionalmente y para evitar una respuesta desproporcionada después del dictado de la resolución de signo condenatorio, el legislador ha instaurado mecanismos que salvaguardan la necesidad de evitar la ejecución de penas excesivamente severas¹⁰⁴², cuales son: la propia suspensión de la ejecución (con una previsión expresa ya apuntada, en el art. 80. 5 CP); así como la aplicación de regímenes penitenciarios –con la libertad condicional en último grado– conforme a lo dispuesto en el art. 72 LOGP, el art. 90. 2 *in fine* CP y los preceptos de aplicación previstos en el RP (art. 100. 2, 102 y concordantes RP)¹⁰⁴³.

Con las anteriores previsiones legislativas –aplicables, se insiste, *erga omnes*–, se permite facilitar una respuesta proporcional al supuesto concreto, por lo que se comprueba que la figura del indulto deviene innecesaria.

| | | | |
|------|----------------------|--|--|
| 2.1. | Dilaciones indebidas | Antes de la sentencia | - Prescripción - Circunstancia atenuante legal |
| | | Después de la sentencia | - Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad - Régimen y beneficios penitenciarios * Modificación del art. 80 CP para incorporar nuevo supuesto habilitante para el acceso a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad |
| | | Supuestos de rehabilitación de drogodependientes | - Modificaciones legislativas operadas: a) Causa de exención b) Circunstancia atenuante c) Reducción del margen máximo de penas d) Modalidades típicas atenuadas e) Régimen especial de suspensión de la ejecución - Régimen penitenciario <i>ad hoc</i> |

¹⁰⁴¹ Cfr. SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», pp. 3-4, a favor del empleo de los indultos en estos supuestos cuando no alcanzan los beneficios previstos expresamente en el texto de la ley (por ejemplo, art. 87 CP).

¹⁰⁴² LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 159.

¹⁰⁴³ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en entrevista concedida el 19 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 231-232.

4.3.2.2. Supuestos de pena natural

Otra cuestión que se ha vinculado con la figura del indulto y cuya elaboración dogmática se ha relacionado con las dilaciones indebidas, aunque su problemática es estructuralmente distinta, es la figura de la pena natural.

Se plantea aquí, alejados del análisis del fin de la pena¹⁰⁴⁴, no ya si el estar sometido a un proceso penal –cuya tramitación puede dilatarse en el tiempo– supone *per se* una pena latente de cariz natural¹⁰⁴⁵, ni si las derivaciones fácticas de dicho proceso pudieran asumirse como pena natural¹⁰⁴⁶, sino si la concesión de indulto resulta adecuada en casos en los que concurre una pena natural, un castigo extrapenal ya infligido al autor del hecho, bajo el paradigma de «*en el pecado se lleva la penitencia*»¹⁰⁴⁷.

El catálogo de supuestos comprendidos bajo dicho concepto es amplio y, como continuación de los ilustrativos ejemplos de la «pena divina» ya ofrecidos por HOBBS¹⁰⁴⁸, fue compilado por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010; se refiere a: «*situaciones como aquellas en que al disparar un arma de fuego se revienta el mecanismo de la percusión y resulta lesionado el autor, o se produce un rebote del proyectil, o se autolesiona quien utiliza criminalmente un arma blanca, o como consecuencia de desplegar un alto riesgo en una conducción temeraria, resulta lesionado el propio autor o una persona de su círculo familiar*»¹⁰⁴⁹ o, se añade, supuestos en los que un autor de un delito contra la salud sufre la

¹⁰⁴⁴ Vid. capítulo 5. *Indulto y teorías de la pena*.

¹⁰⁴⁵ STC de 6 de junio de 2005, ATC de 16 de julio de 1997; STS de 22 de enero de 2015 o STS de 21 de marzo de 2014.

¹⁰⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 76-77. Por todas, STC de 18 de diciembre de 2001.

¹⁰⁴⁷ Expresión empleada ya por KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*, p. 226: «*(poena naturalis), dadurch das Laster sich selbst bestraft*».

STS de 30 de abril de 2002: «*la sentencia [de instancia] sostiene que estos sufrimientos han de valorarse como un “... castigo inicialmente metajurídico [que] reducen la culpabilidad sancionable y la dimensión de la pena necesaria”, afirmando que esos hechos posteriores al delito menguan o compensan la culpabilidad inicial y operan como un “castigo extrapenal, una pena natural nacida de la propia conducta típica de la procesada...” que deben incidir sobre la medida de la pena*»; STS de 18 de junio de 2010: «*La teoría de la pena natural según la cual los daños concurrentes al delito padecidos por el autor han de servir para disminuir su responsabilidad criminal, bajo el razonamiento de que ya ha sufrido una especie de castigo natural por su acción, conforme al paradigma de que “en el pecado se lleva la penitencia”, ha de ser tomada con mucha cautela, máxime cuando no ha sido incluida por el legislador como un modo de aminorar las consecuencias del delito, como ocurre en otros sistemas jurídicos*».

¹⁰⁴⁸ HOBBS, *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, Ed. Routledge e hijos, Londres, 1887, 3ª ed., pp. 143-144: «*as when a man in assaulting another is himself slain or wounded; or when he falleth into sickness by the doing of some unlawful act*» (p. 143).

¹⁰⁴⁹ En la solicitud de indulto que derivó en la concesión de indulto parcial en virtud del RD 1632/2012, de 30 de noviembre, para el condenado por un delito contra la seguridad del tráfico en concurso con tres delitos de homicidio imprudente, se alegó que: «*como consecuencia del accidente había quedado afectado psíquicamente con una incapacidad permanente –trastorno adaptativo mixto con serios episodios depresivos para los que necesita una medicación y asistencia– y con secuelas orgánicas y funcionales que describía*», tal y como hace constar la STS de 17 de marzo de 2014. Estas mismas razones se aducen en la solicitud de indulto presentada el 24 de mayo de 2014 respecto de DB, pendiente de resolver. El 12 de mayo de 2014 la Audiencia Provincial de Cáceres confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Plasencia que le había sido impuesta de 2 años y medio de prisión por la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) en concurso con un delito de homicidio imprudente. En el accidente falleció JG, el mejor amigo del condenado. La familia del fallecido

ruptura de las cápsulas con droga que llevaba en el interior de su organismo, causando perjuicio físico a dicho autor, superviviente.

A pesar de los argumentos que se alegan a su favor¹⁰⁵⁰, como viene a señalar MOLINA FERNÁNDEZ, el indulto en este tipo de situaciones no sería adecuado no porque la pena natural fuera irrelevante, sino porque no habría de dejarse la solución «*al arbitrio de una decisión singular*»¹⁰⁵¹. De entender que ha de otorgarse virtualidad a la pena natural, según lo defendido por dicho autor, podría asumirse alguna de las tres alternativas que apunta: **(i)** introducir expresamente la pena natural en el catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal; **(ii)** aceptar la pena natural jurisprudencialmente a través de la figura de la atenuante de análoga significación¹⁰⁵² (en atención, señala la jurisprudencia contraria a dicha postura, a una analogía basada en la totalidad del ordenamiento jurídico o, incluso, en el Derecho natural); o **(iii)** considerar la pena natural sufrida dentro de las circunstancias personales atendibles en el proceso de medición e individualización de la pena a aplicar o en relación a aquellas circunstancias afectantes al sujeto en fase de ejecución de la pena.

La introducción de la pena natural como circunstancia atenuante analógica no es pacífica y es discutida por la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo¹⁰⁵³, que apunta como solución legal adecuada para estos casos la vía del art. 4.3 CP. Sus pronunciamientos no son favorables a la acogida de la circunstancia atenuante analógica del art. 21. 7ª CP porque, se alega, no ha de servir como una «*cláusula general de individualización de la pena que ajuste ésta a la verdadera culpabilidad del sujeto activo del delito*», asumiendo una discrecionalidad no concedida por el legislador¹⁰⁵⁴. Adicionalmente, se sostiene, una pena natural no obedece a una conducta postdelictiva del sujeto activo que implique un reconocimiento de la vigencia de la norma violada o el propósito eficaz de remediar el daño causado, como sí ocurriría con el art. 21. 4ª o 5ª CP, que permitiera apreciar una disminución de su responsabilidad, en atribución moderadora e individualizadora de la pena, para acomodar la respuesta penal a la culpabilidad del hecho delictivo o la antijuridicidad de la acción.

La cuestión clave para resolver esta cuestión, según la jurisprudencia ya mencionada, radica en negar la existencia de analogía con ninguna otra atenuante de las mencionadas

apoya la solicitud de indulto. <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/03/23/56f28341ca4741be6e8b45cd.html>, consultado el 23-03-2016.

¹⁰⁵⁰ GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 106-111; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 104-108.

¹⁰⁵¹ MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», p. 698, § 6592.

¹⁰⁵² STS de 5 de junio de 2008: «*La jurisprudencia de esta Sala ha superado hace tiempo (...), la antigua concepción que basaba la analogía de la circunstancia atenuante con el aspecto morfológico de las otras atenuantes contenidas en el art. 21 CP. Actualmente predomina como criterio determinante de la analogía el de la idea general en la que se apoya la atenuación; es decir: la menor culpabilidad por el hecho o el efecto compensador de la culpabilidad por el hecho de las que operan después de la comisión del delito. Consecuentemente, el mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito puede ser considerado atenuante, porque evidentemente tiene una significación análoga a las demás atenuantes*».

¹⁰⁵³ STS de 30 de abril de 2002, de 18 de junio de 2010 y de 7 de octubre de 2008.

¹⁰⁵⁴ STS de 18 de junio de 2010.

En contra, BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del derecho penal», en sesión del seminario permanente celebrado en la Fundación José Ortega y Gasset - Gregorio Marañón de 24 de abril de 2017, quien considera la circunstancia del art. 21. 7ª CP como una cláusula general de atenuación de la culpabilidad, que permite adaptar la pena a la culpabilidad del acusado en atención a la «*análoga significación*» de las circunstancias y no a la «*análoga morfológica*», no exigida por el inciso.

expresamente en el catálogo previsto en el art. 21 CP. Esa analogía debe atender a la concurrencia de una *semejanza intrínseca* entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, sin exigir una similitud o correspondencia absoluta. Habida cuenta de que el legislador no ha previsto como circunstancia atenuante ni la pena natural ni ninguna que pueda representarse como análoga (morfológicamente) a ésta –como sí han efectuado otros ordenamientos jurídicos, como el Derecho penal alemán, §153 b del Código de Procedimiento Penal alemán y el § 60 StGB¹⁰⁵⁵–, el apartado séptimo del art. 21 CP no puede ser utilizado, según dicha doctrina, como cláusula general de individualización de la pena, dejando al arbitrio judicial –menos a la discrecionalidad del ejecutivo, se añade– una cuestión que, en su caso, ha de ser resuelta expresamente por la Ley –de estimarse procedente la inclusión de la pena natural como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal–.

No es objeto de la presente investigación asumir un posicionamiento en relación a si la pena natural debe, o no, generar algún tipo de consideración penológica más allá de la individualización ya prevista en sede de medición, aplicación y ejecución de la pena, sino responder a si la aplicación de la figura del indulto resulta apropiada en estos contextos.

Proyectando las conclusiones alcanzadas por nuestra investigación a esta cuestión, no se puede dejar de rebatir su aplicación y advertir que, de apreciarse la necesidad de ser considerada como circunstancia que atenúe la responsabilidad penal, podría introducirse expresamente en el catálogo legal de circunstancias atenuantes¹⁰⁵⁶; opción que, de facto, ha sido asumida por ordenamientos jurídicos próximos.

| | | |
|------|---------------------|--|
| 2.2. | Pena natural | Eventual introducción como circunstancia atenuante expresa |
|------|---------------------|--|

4.3.2.3. Causa de justificación o circunstancia de atenuación no prevista en la legislación

No resulta desconocida la justificación de la utilización de la figura del indulto para supuestos en los que, se asevera, la respuesta penal es desproporcionada para un específico supuesto dado que el legislador no ha previsto una causa de justificación o una circunstancia de atenuación que, de existir, hubieran permitido que no se hubiera condenado a determinada persona que no merecía la pena o, más frecuentemente, se hubiera impuesto una condena de menor entidad¹⁰⁵⁷. Es el supuesto, por ejemplo, de la concesión de indulto a aquellas mujeres

¹⁰⁵⁵ BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, p. 108; HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Ed. Rowohlt, Reinbek, 1974, pp. 115-119, formula potentes críticas (infundada limitación temporal, difícil encaje con la política criminal asumida) a la redacción del § 16 StGB, antecesor del actual precepto; WALKER, *Punishment, danger and stigma, The morality of criminal justice*, Ed. Basil Blackwell, Oxford, 1980, pp. 130-131, critica la redacción por su limitación.

¹⁰⁵⁶ Vid. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 28, 30-33, 45: «Sin duda sería mejor que el legislador tipificase la pena natural como atenuante a la fluctuación que ofrece apoyarla en la analogía pero, a los efectos que ahora nos ocupan, resulta claro que también en estos supuestos tenemos una alternativa mucho más razonable que el indulto».

¹⁰⁵⁷ Asumimos que se parte de la imposibilidad, en su caso, de aplicar la circunstancia de análoga significación prevista en el art. 21. 7ª CP.

MAGRO SERVET, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», p. 39; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», p. 229, defiende su empleo en supuestos

condenadas por la muerte del denominado tirano doméstico o por conductas relacionadas con este tipo de supuestos¹⁰⁵⁸. En estas situaciones se ha procedido a la concesión de indultos tanto en España¹⁰⁵⁹ como en países de nuestro entorno¹⁰⁶⁰.

en los que se comete un quebrantamiento de condena en relación con una pena de alejamiento cuando se produce una reanudación de la convivencia; SEBBA, «Clemency in Perspective», pp. 224, 234, en su análisis histórico, destaca la utilización del indulto no solo para supuestos donde debería haberse aplicado una causa de exención de responsabilidad penal como la legítima defensa sino también cuando se trataba de «*persons who were lacking in criminal capacity owing to their mental unbalance or their tender years, or where the circumstances of the offense were such as to negate an evil intent*» (p. 224).

¹⁰⁵⁸ Por ejemplo, la solicitud de indulto respecto de MSP, condenada a 6 meses de prisión por el delito de desobediencia al haber quebrantado el régimen de visitas a su hija, de 14 años, en perjuicio de su ex marido, condenado por malos tratos; respecto de la que el Ministerio de Justicia, en sesión de control del Gobierno, afirmó el 11 de marzo de 2015: «*pretendemos reforzar nuestro marco jurídico y por supuesto atender los casos particulares. Ante el caso de la señora S. (...), seguramente sabe que hemos sido los primeros en manifestar nuestro interés para identificar la singularidad de esas circunstancias. En cuanto al indulto se está tramitando y tendremos la máxima sensibilidad para poder encontrar las circunstancias que permitan su otorgamiento, si lo informa favorablemente el tribunal sentenciador*» (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 266, sesión de 11 de marzo de 2015, p. 14). Finalmente, su segundo indulto fue concedido en virtud del RD 48/2016, de 5 de febrero, el primero de los decretados en 2016. El anterior le había sido otorgado en virtud del RD 1062/2012, de 6 de julio y un tercer indulto le fue otorgado tras la celebración del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2016, en virtud del RD 305/2016, de 22 de julio.

¹⁰⁵⁹ RD 2064/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a una mujer condenada por la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de fecha 14 de mayo de 1999, como autora de un delito de homicidio por matar a su marido, quien la maltrataba, en 1995. LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso», apuntan al respaldo de la opinión pública a esta concesión de indulto. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 285-286, se pronuncia en el mismo sentido.

Como antecedente histórico, el indulto parcial concedido en virtud de resolución dictada el 17 de marzo de 1934 a JBB, condenada por sentencia de 20 de junio de 1933 por la Audiencia Provincial de Salamanca, como autora de un delito de parricidio a la pena de 20 años y un día de reclusión mayor por matar a su padre, quien abusaba de ella. El Tribunal Supremo, en sede casacional, determinó en STS de 16 de noviembre de 1933: «*Considerando que a tenor de lo prevenido en el artículo segundo del Código penal (...), y de un detenido examen de las especiales circunstancias que en el caso actual concurren, de los antecedentes de la víctima, de la desgraciada situación de la procesada, según las afirmaciones del Jurado y de la extraordinaria importancia que ofrecen los motivos de atenuación que se aprecian, que, sin embargo, por razón de la agravante que se estima, no permiten la degradación de la pena conforme al artículo 67, regla quinta, de aquel cuerpo legal, resulta, a juicio de esta Sala, y no obstante la evidente gravedad del delito, excesiva la pena que por imperio de los preceptos legales impuso el Tribunal de instancia con arreglo a derecho, y procede dar cumplimiento a lo mandado en la disposición al principio citada: (...) dese cuenta para acordar sobre el indulto*». Finalmente se procede a la rebaja de la condena impuesta a la de 6 años y un día de prisión mayor, habida cuenta las demostraciones «*inequívoca de que existen razones de justicia para aceptar la rebaja de la pena*».

¹⁰⁶⁰ Recientemente, en Francia, se concedió el indulto parcial a JS, condenada a 10 años de prisión por la muerte de su marido, quien la maltrataba desde hacía 47 años, reduciéndole la pena para permitirle poder solicitar la libertad condicional, conforme al comunicado publicado el 31 de enero de 2016 por la presidencia de la República de Francia: «*Le président de la République, en application de l'article 17 de la Constitution et après avis du ministre de la justice, a décidé d'accorder à Madame Jacqueline SAUVAGE une remise gracieuse de sa peine d'emprisonnement de 2 ans et 4 mois ainsi que de l'ensemble de la période de sûreté qu'il lui reste à accomplir. Cette grâce lui permet de présenter immédiatement une demande de libération conditionnelle. Le président de la République a voulu, face à une situation humaine exceptionnelle, rendre possible, dans les meilleurs délais, le retour de Mme Sauvage auprès de sa famille, dans le respect de l'autorité judiciaire*» (<http://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/jacqueline-sauvage/>, consultado el 2 de febrero de 2016). Sin embargo, tras rechazarse que accediera a la libertad condicional, el Presidente Hollande acordó su indulto total el 28 de diciembre de 2016 (<http://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/remise-de-grace-a-mme-jacqueline-sauvage/>, consultado el 2 de febrero de 2017).

Sin ánimo de reiterar las observaciones recogidas en los epígrafes anteriores –a los que me remito en aras de evitar reiteraciones innecesarias–, simplemente se señalará que, si bien no es objeto de esta investigación tomar postura acerca de la virtualidad de que el legislador contemple determinados eventos o situaciones como circunstancias que deban eximir o atenuar la responsabilidad penal, de apreciarse la necesidad de que una causa de justificación o circunstancia de atenuación sea acogida expresamente en el ordenamiento no será la figura del indulto la que deba cubrir, repetidamente¹⁰⁶¹, esa necesidad. Si aquellos eventos o situaciones no pudieran integrarse en las causas ya existentes, a través de una interpretación favorable a ello que respete el principio de legalidad, o no pudieran ser aplicados los arts. 21. 1ª y 21. 7ª CP, deberá ampliarse por el legislador, para su introducción concreta, el catálogo previsto en los arts. 20 y 21 CP¹⁰⁶².

| | | |
|------|---|--|
| 2.3. | Causa de justificación o circunstancia de atenuación no prevista | Eventual introducción como circunstancia legal expresa |
|------|---|--|

4.3.2.4. Causa de justificación o circunstancia de atenuación no alegada en plenario por razones de seguridad nacional o personal

Algunos autores se plantean la adecuación de la utilización de la figura del indulto cuando concurren causas de justificación –a las que se podrían añadir las circunstancias de atenuación– que no hayan podido ser exteriorizadas en plenario por razones de seguridad nacional o personales y, por consiguiente, no hayan podido ser valoradas al ser dictada la sentencia, ni con posterioridad, deviniendo ésta en un pronunciamiento condenatorio de carácter firme –con imposibilidad de acceso a los mecanismos impugnatorios ordinarios, incluido el recurso de casación–¹⁰⁶³.

Sin embargo, la opción legislativa parece no haber apostado por la utilización de la figura del indulto sino por la posibilidad de corregir la sentencia dictada. Esa es la opción que, a pesar de

En los Estados Unidos de América, vid. AMMONS, «Discretionary Justice: A Legal and Policy Analysis of a Governor's Use of the Clemency Power in the Cases of Incarcerated Battered Women», en *Journal of Law and Policy*, vol. 3, núm. 1, 1994, pp. 1-79; MEYER, «The Merciful State», p. 67; MOORE, K. D., «Pardon for good and sufficient reasons», p. 287; RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», pp. 78-90.

¹⁰⁶¹ En el caso de MSP, ha sido indultada en tres ocasiones por los mismos hechos: RD 1062/2012, de 6 de julio; RD 48/2016, de 5 de febrero; y RD 305/2016, de 22 de julio; lo que denota una clara necesidad de iniciar la discusión parlamentaria para una eventual reforma legislativa.

¹⁰⁶² Al respecto, FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 23: «*Danach kommt eine Gnadenentscheidung nur dann in Betracht, wenn die erstrebte Vergünstigung nicht auf eine vom Gesetz selbst vorgesehene Weise zu erlangen ist. (...) Der Ausbau gesetzlicher Aussetzungs- und Milderungsmöglichkeiten hat letztlich zu einer Zurückdrängung des Begnadigungsrechts geführt.*»

¹⁰⁶³ MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», p. 698, § 6595, añade: «*La cuestión es tan polémica como en general lo sea la existencia de acciones reservadas del poder ejecutivo, no sometidas a la fiscalización del poder judicial por motivos de seguridad nacional, pero, de admitirse, sí es imaginable que en algún caso el indulto pueda ser una solución adecuada.*» Citando a MOLINA FERNÁNDEZ, SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 58.

acoger una interpretación restrictiva pero flexible del recurso de revisión¹⁰⁶⁴, podría asumirse tras la modificación operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Con anterioridad a su entrada en vigor el pasado 6 de diciembre de 2015, el art. 954. 4º LECrim restringía la posibilidad de modificar la resolución dictada cuando sobreviniera el conocimiento de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que fueran de tal naturaleza que «*evidenciaran la inocencia del condenado*». Sin embargo, con la mentada reforma, la redacción dada al art. 954. 1. d) LECrim ya no requiere que esos hechos o elementos de prueba sean inéditos, lo que habría limitado su estimación a aquéllos que hubieran sido generados con anterioridad al dictado de la sentencia, sino que, ausente de dicha calificación de *novedoso*, tras la modificación legislativa, para que sea admitida la interposición del recurso solo se requiere que sobrevenga el conocimiento de dichos hechos o elementos probatorios que: «*de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave*».

Con esta nueva redacción podrían quedar comprendidas en la posibilidad de revisión de la sentencia no cualquier motivo relacionado con las causas de justificación o circunstancias de atenuación que no se adujeron antes de ser dictada la sentencia, sino, en atención al carácter restrictivo del mecanismo de rescisión de una sentencia firme, aquellas causas de justificación o circunstancias de atenuación que por razones de seguridad nacional o personal, que con posterioridad al dictado de la sentencia decaen, no pudieron ser alegadas. Precisamente el supuesto en que se defendía recurrir al indulto; recurso ya innecesario.

| | | |
|------|---|--------------------------|
| 2.4. | Causa de justificación o circunstancia de atenuación que no ha podido ser alegada en plenario por razones de seguridad nacional o personal que luego decaen | Revisión de la sentencia |
|------|---|--------------------------|

¹⁰⁶⁴ Flexibilidad reconocida en numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo a los efectos de que predomine la justicia material sobre la justicia formal; entre innumerables y aun aplicando la anterior redacción del art. 954 LECrim, se pronuncia la STS de 13 de abril de 2015: «*Como hemos reiterado, el recurso de revisión es un recurso excepcional al tener por objeto la revocación de los pronunciamientos contenidos en sentencias firmes y atentar por ello al principio de cosa juzgada. Supone la previa acreditación de la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error, de modo que su finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre la sentencia firme, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal. Con ello se produce en el caso concreto una derogación de los efectos de la cosa juzgada, con la finalidad de mantener, en la medida de lo posible, el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y las de la seguridad jurídica (v. STC de 18 de diciembre de 1984). Aunque el artículo 954 limita la posibilidad de revisión de una sentencia firme a los casos que expresamente regula, la Jurisprudencia ha venido admitiendo una interpretación flexible que amplía la posibilidad de revisión a otros casos diferentes en los que, sin embargo, se aprecia el mismo fundamento que concurre en aquellos que aquel precepto contempla, a los fines de lograr un adecuado equilibrio entre las exigencias de justicia y seguridad jurídica*».

4.3.2.5. La denominada «razón humanitaria»

Como se tuvo ocasión de advertir cuando se efectuó una aproximación general a esta cuestión, el principio de proporcionalidad de las penas no ha de ceñirse exclusivamente a su fase de imposición, al momento de dictarse la correspondiente sentencia, sino que debe necesariamente abarcar la fase de ejecución de aquéllas. Ello resulta no solo del imperativo derivado del Estado de Derecho, sino de la necesidad de respetar la dignidad de la persona condenada. La pena, impuesta y ejecutada, debe, en todo momento, ser humana y proporcionada (arts. 15 y 25 CE).

Por ello, no pueden dejarse desatendidas dos situaciones muy concretas y perfectamente identificables en las que ha de permitirse modular la ejecución de la pena, so riesgo de desproporción e inhumanidad: que el preso padezca una enfermedad cualificada o que alcance un estadio de senectud avanzada¹⁰⁶⁵.

Adviértase que a pesar de que las «razones humanitarias» o «consideraciones humanitarias»¹⁰⁶⁶ son de recurrente invocación cuando se decide otorgar indultos –en entornos tan dispares como el vaciamiento de centros penitenciarios¹⁰⁶⁷, los acuerdos de intercambio de condenados¹⁰⁶⁸ o los indultos generales conmemorativos¹⁰⁶⁹–, el ámbito de estudio al que ahora me ciño se reduce a las anteriores dos circunstancias.

Para facultar dicha modulación en estos contextos, adaptando la pena a estas concretas circunstancias del condenado, no es infrecuente que se recurra a las concesiones de indulto¹⁰⁷⁰; otorgamientos que cuentan con valedores¹⁰⁷¹ y con pronunciamientos judiciales

¹⁰⁶⁵ Recientemente, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 37-38, lo ha bautizado como el «*argumento del mal menor (o de la utilidad particular)*».

¹⁰⁶⁶ RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 592; TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 517, 519, 521.

¹⁰⁶⁷ Decretos Presidenciales de Bolivia núm. 1445, 1723, 2131 y 2437, de 19 de diciembre de 2012, 18 de septiembre de 2013, de 1 de octubre de 2014 y de 1 de julio de 2015, respectivamente.

¹⁰⁶⁸ Vid. apartado 4.4.6.3. *El indulto otorgado por fines políticos en sentido estricto*.

Como los indultos otorgados en el marco del acuerdo nuclear suscrito entre los Estados Unidos de América e Irán el 14 de julio de 2015 en Viena; o el *swap* realizado en virtud del Decreto núm. 249 de 25 de mayo de 2016 firmado por Putin, Presidente de la Federación Rusa, en virtud del cual se otorgaba el indulto a una piloto ucraniana a cambio de dos militares, altos oficiales rusos que permanecían en prisión en Ucrania.

¹⁰⁶⁹ En el discurso que Raúl Castro, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros de Cuba, el 23 de diciembre de 2011, pronunció con motivo de la celebración del VIII Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, se anunció la decisión de indultar a más de 2.900 condenados, en un gesto «*humanitario y soberano*»; resolución para la que se había tenido en cuenta «*la anunciada visita a Cuba del Papa Benedicto XVI y la celebración del 400 aniversario del hallazgo de la imagen de la Virgen de la Caridad del Cobre*» (<http://www.cubadebate.cu/opinion/2011/12/23/discurso-de-raul-castro-en-el-parlamento-de-cuba/#.V53y6riLTIU>, consultado el 31 de julio de 2016).

¹⁰⁷⁰ Así, por ejemplo, el indulto concedido en virtud de Decreto núm. 1115, de 13 de julio de 2016, por el Presidente de Ecuador, Correa, a favor de un interno que padecía un cáncer terminal (http://www.eltelegrafo.com.ec/images/cms/DocumentosPDF/2016/13-07-16-decreto_1115.pdf, consultado el 2 de agosto de 2016).

¹⁰⁷¹ Para BECA FREI, «Indulto particular», pp. 496, 499, los motivos humanitarios serían los únicos defendibles como justificación de la institución del indulto; BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 198-199.

que los respaldan¹⁰⁷². Incluso puede advertirse que existen determinados ordenamientos, como el caso de Perú¹⁰⁷³ o el de Turquía¹⁰⁷⁴, en los que se prevé expresamente estos escenarios como supuestos habilitantes para el otorgamiento del perdón.

Sin embargo, por la extraordinaria relevancia de los valores afectados, resulta claramente inadecuado dejar a una decisión discrecional de indulto lo que debe ser reconducido a una previsión normativa para que, en todo caso y sin excepción, sea de aplicación a aquellos que devengan en una situación como la aquí tratada¹⁰⁷⁵: bien sea a través de la posibilidad de que se suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 80. 4 CP), bien permitiendo el acceso del condenado a la libertad condicional (art. 91 CP, art. 196 RP)¹⁰⁷⁶, bien a través de un tratamiento penitenciario adecuado que promueva una progresión del régimen aplicable, alcanzando el tercer grado al concurrir estas razones (art. 36. 3 CP; art. 104. 4 RP)¹⁰⁷⁷.

Siendo ello así, ningún obstáculo existe para que las razones humanitarias basadas en una enfermedad cualificada o en una situación de senectud avanzada se canalicen a través de la oportuna previsión en el texto legal. Por consiguiente, en este ámbito, se verifica que la función asignada a la figura de indulto ha devenido inútil y superada.

| | | |
|-------------|---|---|
| 2.5. | Razón humanitaria (enfermedad cualificada y senectud avanzada) | Previsión normativa: suspensión ejecución de la pena privativa de libertad, acceso a libertad condicional o progresión del régimen penitenciario aplicable (tercer grado) |
|-------------|---|---|

¹⁰⁷² Nuestros Tribunales han solicitado de oficio el indulto en algunos supuestos cuando concurría enfermedad, atendida «*la situación humanitaria*» (SAP de Madrid de 22 de septiembre de 2008; o STS de 27 de febrero de 1995).

¹⁰⁷³ El art. 6, 6.4.b del Decreto Supremo núm. 4-2007-JUS, modificado por el artículo 5 del Decreto Supremo núm. 8-2010-JUS, norma de creación de la Comisión de Gracias Presidenciales y el art. 31 b del Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales, aprobado mediante Resolución Ministerial núm. 162-2010-JUS, disponen que «*se recomendará el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias, entre otros, cuando el interno padece de una enfermedad no terminal grave, que se encuentre en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad*». En Perú son corrientes las decisiones presidenciales basadas en este motivo. Así lo recordó su Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de diciembre de 2007. Entre las más recientes: Resolución Suprema núm. 77-2016-JUS, de 4 de mayo de 2016, por la que se concede el indulto por «razones humanitarias» basado en la enfermedad del reo. En el mismo sentido, la Resolución Suprema núm. 109-2016-JUS, de 27 de julio de 2016 acuerda el indulto por razones humanitarias, dado que el condenado «*padece de una enfermedad terminal; (...) el fallecimiento no solo es un suceso futuro cierto, sino además claramente inminente*».

SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», p. 15.

¹⁰⁷⁴ Art. 104 de la Constitución de la República de Turquía limita la posibilidad de indulto del Presidente a condenados que padezcan una enfermedad crónica, discapacidad o cuando sean de elevada edad.

¹⁰⁷⁵ En esta dirección se planteó en agosto de 2016 la reforma del Código Penal de Honduras, para incorporar la previsión normativa que comprenda a enfermos y mayores de noventa años (<http://hch.tv/al-menos-cinco-mil-reos-ancianos-y-enfermos-podrian-recibir-un-indulto-con-el-nuevo-codigo-penal/>, consultado el 30 de agosto de 2016).

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 37-38, 45.

¹⁰⁷⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, «La libertad condicional y los beneficios penitenciarios», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo VI, Derecho penitenciario*, Ed. lustel, Madrid, 2016, 2ª ed., pp. 247-248.

¹⁰⁷⁷ CID/TÉBAR, «Spain», p. 371; CORTÉS BECHIARELLI, «Pasado, presente y futuro del indulto en España», (Parte I 13:20-13:45), sobre la previsión normativa en la legislación penitenciaria de estas circunstancias humanitarias (enfermedad y avanzada edad), de lo que deriva la superación del indulto para cubrirlas.

4.3.2.6. Existencia de requisitos para aplicar los límites al máximo de cumplimiento efectivo de la condena

Por último, no puede desatenderse un uso residual que se asignó al indulto en relación con la refundición de las penas y sus límites de cumplimiento¹⁰⁷⁸.

Con anterioridad a la reforma operada en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el segundo inciso del apartado 76 CP exigía la concurrencia de un requisito de *conexión* para poder aplicar los límites al máximo de cumplimiento efectivo de la condena; que *«los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo»*.

Ante la necesidad de que concurriera este requisito de conexión para proceder a la refundición de las penas y aplicar los máximos que el art. 76. 1 CP contenía, el TS llegó a plantear la necesidad de acudir a la figura del indulto cuando, en atención a la restricción establecida en el art. 76. 2 CP, se exigiera al condenado el cumplimiento de una pena que resultara *excesiva o desproporcionalmente gravosa*. A través del empleo del indulto se pretendía reducir la pena para ajustarla a los máximos de cumplimiento efectivo que se establecían en el primer ordinal de dicho precepto, aun en el caso de que la condición para su aplicación prevista en el segundo apartado no concurriera¹⁰⁷⁹.

Sin embargo, como se ha anticipado, la necesidad de acudir a la figura del indulto ha sido superada por la reforma efectuada con la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo. El nuevo art. 76. 2 CP, en una redacción mejorable y susceptible de ser corregida, abandona la exigencia de conexión que limitaba la aplicación de los máximos de cumplimiento efectivo¹⁰⁸⁰. Por consiguiente, dada la reforma legislativa, deviene ya innecesario recurrir al indulto para conseguir ajustar los límites máximos de cumplimiento efectivo de las penas; y, en consonancia, se verifica que la institución del indulto ha venido a superarse por una mejora en la redacción efectuada al texto de la ley.

| | | |
|------|--|----------------------------|
| 2.6. | Desproporción de la pena por la existencia de requisitos para aplicar los límites al máximo cumplimiento efectivo de la condena | Reforma legal (ya operada) |
|------|--|----------------------------|

¹⁰⁷⁸ GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», p. 6.

¹⁰⁷⁹ STS de 4 de enero de 2000: *«el recurso de LA debe desestimarse, puesto que [la] refundición decidida en el auto recurrido fue correcta, al no acumular las condenas (...), por lo que faltaba el requisito de la conexión temporal para refundir las penas de las dos primeras sentencias con los de las ocho últimas. No obstante este Tribunal entendiendo que la pena total pendiente de cumplimiento por el penado resulta desproporcionadamente gravosa, al ascender a cuarenta y nueve años, ocho meses y veintisiete días, (...) estima ajustado a la equidad un indulto de la parte de pena que exceda de los treinta años»*; STS de 7 de marzo de 2001, que si bien no propone autónomamente el indulto, subraya la necesidad de que sea promovido el indulto penitenciario ex art. 206 RP.

¹⁰⁸⁰ STS de 11 de junio de 2015.

4.3.3. Nueva jurisprudencia favorable al condenado en supuestos ya sentenciados con carácter firme

No puede marginarse la defensa que se ha efectuado de la figura del indulto para solucionar aquellos supuestos en que aparezca una jurisprudencia más favorable para el condenado cuya sentencia sea firme¹⁰⁸¹. Las premisas configuradoras del escenario de partida, aunque aparentemente obvias, son: **(i)** que la nueva doctrina jurisprudencial sea más beneficiosa para el condenado, en cuanto supondría una rebaja de la carga punitiva que está siendo ejecutada; **(ii)** que el cambio de pauta jurisprudencial aparezca cuando la sentencia devenga firme y no cuando haya aún posibilidad de impugnarla a través del sistema ordinario de recursos establecidos (a excepción del recurso de revisión); y **(iii)** que por «jurisprudencia más favorable» no se conciba una resolución declaratoria de inconstitucionalidad de disposiciones normativas ex arts. 38 y 40. 1 LOTC, ni se trate de un supuesto comprendido por la posibilidad de revisión contenida en el art. 954. 3 LECrim.

Los cambios normativos (modificaciones en «leyes penales», «cuerpos legales» y «normas de los Códigos») que favorezcan al reo respecto del que se haya dictado una sentencia condenatoria con carácter firme son de aplicación retroactiva en virtud de lo dispuesto en el art. 2. 2 CP y las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del mismo cuerpo normativo. Sobre ello no existe controversia. La cuestión gana en complejidad cuando de lo que se trata es de analizar la eventual aplicación retroactiva de jurisprudencia en estos casos.

Si se asume la premisa de que la jurisprudencia carece del carácter normativo que permite una aplicación retroactiva análoga o *ex lege*, entonces el único mecanismo que podría ser teóricamente utilizado para permitir considerar una jurisprudencia más beneficiosa tras la declaración de firmeza de una sentencia sería a través del recurso de revisión, siempre que su régimen lo permitiera.

La pregunta que se formuló y resolvió con la antigua redacción del art. 954 LECrim (modificada en virtud de la Ley 41/2015, de 5 de octubre) consistía en responder a si podía entenderse un cambio jurisprudencial como «hecho nuevo», premisa que permitía revisar una sentencia firme. De aceptarse la inclusión del cambio jurisprudencial favorable devenido con

¹⁰⁸¹ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 185-192 (especialmente, p. 188) la inserta como motivación de Derecho, grupo en el que incluye el cambio legislativo posterior o inminente, deficiencias de la legislación, deficiencia de la sentencia dictada y la corrección de la resolución judicial en aras de la equidad; GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 103-106; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 135-136; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 10; LLABRÉS FUSTER, «Artículo 2», en GÓMEZ TOMILLO RODRIGO (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General, Artículos 1-137, tomo 1*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 63; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 102-104.

Justificación utilizada expresamente por CAMPO MORENO al defender la Proposición de Ley de reforma de la Ley de 18 de junio de 1870 de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto presentada el 1 de agosto de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Pleno y Diputación Permanente, núm. 29, sesión plenaria núm. 27, de 14 de febrero de 2017, p. 8). En el mismo sentido, ya LÓPEZ GUERRA, en su comparecencia en calidad de Secretario de Estado de Justicia, celebrada el 4 de octubre de 2005, ante la Comisión de Justicia (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia, núm. 386, sesión núm. 21, de 4 de octubre de 2005, p. 15).

posterioridad, estaría fuera de duda su aplicación retroactiva. Se permitiría revisar la sentencia y modificar el fallo en atención a los nuevos dictados jurisprudenciales.

Sin embargo, no sin críticas¹⁰⁸² y tras el dictado de algunos pronunciamientos favorables que aceptaron indubitadamente la aplicación retroactiva de la jurisprudencia favorable para los condenados¹⁰⁸³, la respuesta al interrogante planteado fue proporcionada por el acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 en sentido negativo: «*el cambio jurisprudencial no debe ser incluido como hecho nuevo en la aplicación del art. 954 de la Ley Procesal*».

Dicho criterio fue confirmado en el acuerdo fechado el siguiente 19 de julio de 2000¹⁰⁸⁴, mantenido en el acuerdo de 19 de octubre de 2001 referido a la agravante específica de cantidad de notoria importancia¹⁰⁸⁵ y reafirmado en el fechado el 26 de febrero de 2009 sobre el momento interruptivo de la prescripción¹⁰⁸⁶.

Superando las resoluciones que lo permitían, se asumió la imposibilidad de revisar la sentencia ante un cambio de jurisprudencia beneficioso para el condenado y, ante aquel impedimento, se aceptaba la figura del indulto cual efugio en aras del preponderante principio de justicia¹⁰⁸⁷.

En atención a los criterios establecidos en esos acuerdos, una abrumadora mayoría de los posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo rechazaron la revisión de las sentencias condenatorias por la aparición de un cambio jurisprudencial beneficioso posterior a su firmeza¹⁰⁸⁸ y refutaron igualmente su modulación en fase de ejecución de sentencia¹⁰⁸⁹,

¹⁰⁸² Cfr. voto particular formulado por BACIGALUPO ZAPATER a la STS de 10 de enero de 2002, criticado en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 10, febrero de 2008, pp. 10-11.

¹⁰⁸³ STC 29 de septiembre de 1997; STS de 3 de febrero y de 6 de mayo de 1998 y de 13 de febrero de 1999. VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, pp. 153, 157-158, califica a esta última como una auténtica revolución.

¹⁰⁸⁴ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional celebrado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 sobre concurrencia de concurso de normas y no de delitos entre tráfico de drogas y contrabando, en el que se afirma: «*Mediante recurso de revisión, vía art. 954 LECrim, entendiendo que el cambio de jurisprudencia es un hecho nuevo, a los efectos de tal revisión. En dicho supuesto, procede su rechazo, por las razones que se tuvieron en cuenta en la Junta General celebrada el día 30 de abril de 1999*».

¹⁰⁸⁵ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional celebrado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, en cuyo ordinal tercero se disponía la improcedencia de la revisión de las sentencias firmes, «*sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo*».

¹⁰⁸⁶ Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda de 26 de febrero de 2009: «*La Sentencia del Tribunal Constitucional proclamando cómo se integra el contenido de una norma legal, acerca del momento interruptivo de la prescripción, que resulta diversa como venía siendo entendido, no constituye un hecho nuevo de aquellos a los que se refiere el art. 954 de la LECrim, como requisito del recurso de revisión*».

¹⁰⁸⁷ SUÁREZ COLLÍA, *Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 62, acoge el empleo del indulto y apunta a la posibilidad de interponer un recurso de amparo; VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, p. 157: «*Parece, por tanto, que la única solución sea la resignación ante la intangibilidad de la cosa juzgada; a no ser que se estime procedente la solicitud de indulto parcial*».

¹⁰⁸⁸ STS de 4 de mayo de 2011, de 12 de noviembre de 2010, de 26 de enero, de 16 y 30 de junio y de 16 de octubre de 2000. Esta última, señala: «*Apartándose de algunos precedentes aislados favorables a conceder a los cambios jurisprudenciales virtualidad revisora respecto de sentencias anteriores de sentido contrario a la modificación (STC. 159/97 de 29.9 y STS de 6.5.88, y 176/99 de 13.2), la doctrina del Tribunal constitucional (S.*

apuntando a la figura del indulto como el mecanismo idóneo para aplicar en estos supuestos¹⁰⁹⁰.

Sin perjuicio de que no se tome posición en la cuestión de si ha de admitirse una aplicación retroactiva de la jurisprudencia más favorable al condenado en aras de la consecución de la justicia material o si han de mantenerse los exactos términos en que fue dictada aquella resolución ya firme en virtud del principio de seguridad jurídica, que no es ajeno al de justicia material, entiendo que, sea cual fuere la posición que se mantenga, acudir a la figura del indulto para resolver esta cuestión es altamente distorsionante y, a la postre, innecesaria.

La distorsión que la institución del perdón origina deriva principalmente de dos aspectos. El elemento cardinal se basa en que, si se defiende el indulto como el recurso válido para la resolución de estos supuestos, se estaría legitimando al poder ejecutivo para que resolviese sobre aspectos materiales y de fondo de la doctrina jurisprudencial; para que valorase su contenido. Se normalizaría que el Gobierno pudiera determinar, en atención a pautas estrictamente jurídicas, si es beneficioso para el condenado, o no, un cambio jurisprudencial. Ello supondría la legitimación de la usurpación de una función que exclusivamente deben detentar los órganos jurisdiccionales y que únicamente ha de residir en el poder judicial. Aun cuando esta razón sería, por sí sola, bastante para descartar la aplicación de la institución del indulto como solución para estos casos, el hecho de que esta figura sea de aplicación discrecional, implicaría adicionalmente que no existiría garantía alguna de que efectivamente, en caso de que ese cambio jurisprudencial fuera beneficioso según el criterio del poder ejecutivo, el indulto fuera otorgado.

de 26.4.99) y de ésta Sala (autos de 7.5.99 y 1, 2, 25 y 28.6 del mismo año dictados respectivamente en los recursos 1040/99, 2240/98 1220/99, 870/99 y 1320/99) ha optado decididamente por entender que el cambio jurisprudencial no es asimilable al hecho nuevo previsto en el nº 4º del art. 954 de la LECrim. y que no cabe por tal cauce las revisiones de las sentencias anteriores a la modificación de la jurisprudencia. En la Junta de esta Sala de 30.4.99 se llegó a la misma conclusión»; STS de 10 de enero de 2002: «De ahí que en aquellos supuestos concretos y específicos en los que, por sus especiales características, la aplicación de la normativa vigente efectuada por los órganos jurisdiccionales del Estado se revela insuficiente o inidónea para dar una respuesta justa y equitativa, siempre subsiste el instituto del indulto como instrumento también previsto por el Ordenamiento jurídico a tales fines (art. 4. 3 y 4 C.P.) y que fundamenta y justifica la auténtica razón de ser de esta institución. Por ello mismo, no siendo legalmente posible la revisión de la sentencia de este Tribunal Supremo que postula el recurrente, sino que la misma debe mantenerse en toda su integridad, según cuanto ha quedado expuesto, también alcanza la firmeza de aquélla a la solicitud de indulto parcial que en ella se interesa por razones de justicia». También, ATS de 17 de enero de 2011, de 17 de noviembre de 2003 o de 27 de julio de 1999.

En contra, STS de 5 de abril de 2001, sobre la obtención de los beneficios de la redención de penas por el trabajo: «Como señala un sector de la doctrina se debe tener en cuenta el problema político social que se produce por el hecho de que siendo las resoluciones judiciales un acto humano no se debe cerrar el paso definitivamente a la consideración de que pudiera estar equivocada. El intérprete del sistema legal tiene que sopesar si en un momento dado el valor de la seguridad jurídica debe de sobreponerse al valor justicia. Un Estado democrático debe de buscar salidas y soluciones para resolver los problemas que afectan a la libertad y a los derechos individuales y no cabe anclarse o aferrarse a construcciones formales, que son válidas para la generalidad de los casos, pero que resultan insatisfactorias cuando cierran el paso a la reconsideración de decisiones que no están conformes con el sentir unitario de la interpretación jurisprudencial de la ley».

¹⁰⁸⁹ STS de 30 de enero de 2001.

¹⁰⁹⁰ SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», p. 1251; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 76 y 122, citando a SCHÄTZLER; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 19; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?», pp. 16-17.

Si se considera necesario asumir que el cambio jurisprudencial beneficioso para el condenado debe prevalecer ante el dictado de una sentencia de carácter firme para atemperarla y sin necesidad de acudir al argumento que asume que la jurisprudencia integra el texto legal como una unidad (y, por consiguiente, son de aplicación en estos supuestos las prescripciones sobre la aplicación retroactiva de la normativa penal más favorable al reo¹⁰⁹¹), se puede aprovechar la reforma del régimen de aplicación del recurso de revisión para permitir incorporar en su nueva configuración aquel factor¹⁰⁹².

La actual redacción del art. 954. 1. d) LECrim permite revisar la sentencia cuando sobrevenga «*el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave*¹⁰⁹³». Se supera así la antigua redacción del art. 954 LECrim que exigía, para este tipo de supuestos, el carácter *novedoso* de los hechos.

Por consiguiente, de entender que ha de reconocerse efectividad al viraje jurisprudencial, el cambio normativo operado permitiría sostener la ausencia de constricción a las pautas determinadas por los acuerdos emanados del Tribunal Supremo (porque aquellos tomaban como referente la antigua configuración normativa del recurso de revisión) e incorporar los cambios jurisprudenciales favorables al condenado en sentencia firme por esta vía.

Su aceptación podría defenderse en atención a los principios inspiradores que conllevaron el dictado de la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 1997, toda vez que el régimen del recurso de revisión se ha ampliado con la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, lo que favorece una interpretación más relajada de su ámbito de aplicación en el que serían potencialmente admisibles los escenarios analizados¹⁰⁹⁴.

Lo expuesto sirve para comprobar cómo la figura del indulto, para permitir la revisión de la sentencia a los efectos de aplicar una nueva línea jurisprudencial que sea favorable a un condenado por una sentencia firme, ha sido superada por la potencialidad de la actual redacción del régimen del recurso de revisión.

| | | |
|----------|---|---------------------|
| 3 | Imposibilidad de aplicar nueva jurisprudencia a condenado en sentencia firme | Recurso de revisión |
|----------|---|---------------------|

¹⁰⁹¹ BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre seguridad jurídica y Derecho penal económico», en Revista de Derecho. Escuela de Posgrado, núm. 1, diciembre de 2011, pp. 288-289.

¹⁰⁹² CÓRDOBA RODA, «Artículo 2», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), *Comentarios al Código Penal, Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 27: «Y la vía para que ello tenga realidad no puede ser otra que la de la revisión de la sentencia. Lo contrario supondría diferir a la vía del indulto el dar satisfacción a una exigencia que no es de gracia, sino de justicia».

¹⁰⁹³ Con la ampliación también a supuestos en los que la condena resultante fuera menos grave, se responde a las limitaciones apuntadas por VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, pp. 160-161.

¹⁰⁹⁴ VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, p. 162, sin embargo, aboga por la introducción de modo expreso en las causas tasadas por las que se permite la acogida del recurso de revisión.

4.3.4. Reparación de errores del legislador y prueba anticipada de modificaciones legislativas. El indulto como un instrumento de política criminal

Otra de las funciones a la que, se argumenta, debe estar destinado el indulto es a la corrección de errores cometidos por el legislador¹⁰⁹⁵ ya que, ante la incompletitud de la legislación no pueden preverse todos los supuestos que en el futuro pueden acontecer y pueden existir situaciones en las que siquiera debiera ser penada una determinada conducta que o ha desatendido el legislador, o ha valorado con una probabilidad de ocurrencia rayana en lo imposible, o la ha configurado erróneamente –por ejemplo, al no recoger circunstancias que han de dar lugar a la atenuación¹⁰⁹⁶, por anudar consecuencias jurídicas indeseables¹⁰⁹⁷ o al establecer estándares muy severos para las penas mínimas a imponer¹⁰⁹⁸–.

¹⁰⁹⁵ Argumento empleado por CAMPO MORENO al defender la Proposición de Ley de reforma de la Ley de 18 de junio de 1870 de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto presentada el 1 de agosto de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Pleno y Diputación Permanente, núm. 29, sesión plenaria núm. 27, de 14 de febrero de 2017, p. 8).

¹⁰⁹⁶ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, p. 40.

¹⁰⁹⁷ ANCEL, *Capital Punishment*, p. 27.

Este sería el caso contemplado por la Circular 2/2004, 22 de diciembre de 2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte), pp. 36-37, que faculta a los Fiscales a informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial respecto de la prohibición de aproximación del art. 48. 2 CP: «*Debe pues tenerse en cuenta que conforme al art. 57.2 CP será obligatorio promover y acordar siempre la prohibición de aproximación del art. 48.2 CP respecto de los delitos relacionados con la violencia doméstica. Por tanto los Sres. Fiscales deberán solicitar siempre el alejamiento en tales supuestos, con independencia de la voluntad de la víctima. Este punto debe sin duda ser objeto de una matización. A la vista de la amplitud de los tipos abarcados en los arts. 153 y 173.2 CP, ha de recordarse que los mismos abarcan supuestos leves de violencia aislada o episódica, por lo que teniendo en cuenta tanto la obligatoriedad de solicitar e imponer la pena de prohibición de aproximación con independencia de la voluntad de la víctima como la constatada existencia de supuestos de reconciliación sobrevinida y deseo de reanudar la convivencia (o incluso supuestos de voluntad de continuar una convivencia en ningún momento interrumpida), en tales casos, debidamente ponderadas las circunstancias concurrentes, los Sres. Fiscales podrán informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al art. 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección*». Adviértase que, en las Conclusiones acordadas en el Seminario de Fiscales especialistas en violencia sobre la mujer celebrado en 2009, núm. 4, se prohibía expresamente informar favorablemente a la concesión del indulto cuando el agresor condenado fuera reincidente.

¹⁰⁹⁸ Este argumento es el que motiva a la Audiencia Provincial de Barcelona la promoción de indulto para el condenado por un delito de prevaricación en su sentencia de 9 de mayo de 2016; o el que inspira la STS de 26 de enero de 2015, en relación con el delito de falsedad en documento oficial: «*El Tribunal sentenciador, apreciando un excesivo rigor punitivo en la sanción de la falsedad en documentos oficiales, cuyo umbral mínimo es de tres años de prisión, acuerda proponer al Gobierno un indulto parcial de la pena que exceda de los dos años de prisión, que ser éste el límite establecido para acordar la suspensión de la pena impuesta. Asiste doblemente la razón al Tribunal sentenciador. En primer lugar acerca del excesivo rigor punitivo del límite inferior de la sanción legalmente prevista para la falsedad en documento oficial en el art 390 CP 95 (tres años de prisión), que impide acordar la suspensión de la pena en supuestos como el presente en los que el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo lo harían conveniente, penalidad que sería conveniente modificar. Y, en segundo lugar, en plantear formalmente una propuesta de indulto, que se aprecia también por esta Sala como plenamente justificada*».

BARKOW/OSLER, «*Restructuring Clemency*», pp. 4-5, 10-12, para el problema que padecen los Estados Unidos de América, identifican los altos mínimos penales o la desproporción de determinadas penas; DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia*, pp. 164-167.

Estas serían las razones que sirvieron de justificación a la Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1936, expediente núm. 2077¹⁰⁹⁹, que acuerda el otorgamiento del indulto *«desaparecidas las razones de la gravedad de la sanción»*.

Si lo que se pretende es utilizar la figura del indulto para corregir leyes que sistemáticamente producen condenas injustas, entonces lo procedente no será conceder aquella medida de perdón sino modificar la ley en el sentido deseado¹¹⁰⁰ y no usurpar las funciones del poder legislativo¹¹⁰¹, siquiera bajo el pretexto de las dificultades prácticas de tal reforma¹¹⁰².

No puede utilizarse la figura del indulto para retrasar o no emprender las necesarias reformas legislativas¹¹⁰³ –bien porque se entienda que una conducta debe ser considerada ya atípica (caso de los denominados delitos de insumisión¹¹⁰⁴), bien porque se entienda que la regulación penal existente no permite imponer una pena proporcionada al supuesto concreto (caso de los delitos contra la salud pública o los delitos contra la propiedad intelectual de escasa entidad por venta ambulante)¹¹⁰⁵.

¹⁰⁹⁹ Resolución de 11 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 18, de 18 de enero de 1936, p. 583, expediente núm. 2077.

¹¹⁰⁰ En esta dirección, también FANEGA, «El indulto», p. 115; LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 511, donde alude al ejemplo acaecido en el seno de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial y los delitos contra la salud pública y la oportuna modificación operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal en la medida en que *«permiten que sea el juez quien aprecie directamente las circunstancias del caso para buscar una sentencia proporcionada a la gravedad de la conducta»*; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 50; RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», p. 38; VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (16:05-17:35).

¹¹⁰¹ FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 23; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1469.

Interesante, sobre este particular y en relación con el delito de negativa a la prestación del servicio militar obligatorio previsto en el art. 604 CP, la SAP Baleares de 25 de octubre de 1996: *«la configuración institucional del indulto no parece en principio llamada a corregir la eventual discrepancia entre poderes del Estado (legislativo y judicial) acerca de la sanción conveniente a una determinada conducta en abstracto, sino que dicha apreciación, ya se ha dicho, pertenece a la exclusiva esfera de decisión legislativa, sin perjuicio de que si en algún caso concreto el Juez o Tribunal estima desproporcionada la sanción para ese caso y por las especiales o particulares circunstancias del mismo, y no para cualquiera ni menos para todos los casos similares, pueda remediarse el puntual exceso por vía de indulto parcial o total; y así, la eventual apreciación de desproporción entre sanción y conducta enjuiciada por razón de los planteamientos ideológicos animadores de esta última y la ausencia de perjuicio concreto para terceros, habría de conducir al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad como solución técnicamente correcta frente a la imposibilidad técnica de solicitar indulto sistemático»*.

¹¹⁰² CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 206-207, ilustrándolo con los devenires de finales del siglo XIX; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 22.

¹¹⁰³ VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 11.

¹¹⁰⁴ Sin embargo, LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso», a favor del empleo del indulto para quienes hayan cometido *delitos próximos a desaparecer*, como el delito de insumisión.

¹¹⁰⁵ DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», p. 26; mismos autores, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», p. 50; MORISON, «The politics of grace», p. 65: *«the amelioration of the harshness that characterizes federal sentencing policy is more appropriately addressed by systematic legislative reform, rather than through wholesale grants of executive clemency to large classes of offenders by a single decision maker, for which there presently seems to be little public appetite in any event. At least this much, it seems, is implied by the ideal of the rule of law»*.

En este mismo sentido, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en la reunión del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el

En este sentido se pronuncia M. J. FALCÓN y TELLA al entender que, para aquellos casos en que se emplea el indulto cual correctivo de los excesos del poder legislativo, en aras de la equidad, su utilización resulta una solución insatisfactoria, caracterizada por ser escasa y tardía. Para dicha autora, su uso debería ser superado por la reforma del texto, a nivel legislativo o, al enjuiciarse al sujeto, al aplicar e interpretarse la ley¹¹⁰⁶.

Sin embargo y de forma adicional, en ocasiones se afirma que es beneficioso efectuar una prueba o ensayo de los efectos que una modificación legislativa aplicada a una pequeña muestra tiene –utilizando para ello los indultos particulares– para comprobar de antemano cuáles serían las consecuencias que una futura modificación normativa podría efectivamente desplegar o para acostumbrar a la sociedad gradualmente ante el escenario de tal reforma –y testar en ella la acogida del cambio–¹¹⁰⁷. Se trataría el indulto como un instrumento de experimentación de política criminal¹¹⁰⁸. Con el análisis de la adecuación o no de los resultados obtenidos y con la valoración del impacto en la sociedad, se procedería a efectuar la reforma legislativa si la prueba realizada superó las expectativas.

Sin perjuicio de que esta técnica ha sido utilizada con relativa amplitud en la práctica, si se atiende al número de indultos otorgados –extremo que a renglón seguido se constatará–, no pueden soslayarse dos cuestiones que ponen severamente en duda la aplicación de la figura del indulto en estos escenarios, hasta el punto de convertirlo en dogmáticamente insostenible.

Ministerio de Economía y Competitividad, celebrada el 16 de noviembre de 2016, sobre el delito de malversación respecto de los funcionarios de correos.

¹¹⁰⁶ FALCÓN y TELLA, M. J., *Equidad, Derecho y Justicia*, pp. 185: «La solución del problema de la norma injusta, contraria a la equidad, debería realizarse en una fase anterior, a nivel legislativo o, como mucho, en el momento de enjuiciar al sujeto, en la aplicación-interpretación de la ley». En el mismo sentido, DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 446-447, sobre la superación, en la práctica, del indulto a favor de otros instrumentos.

¹¹⁰⁷ BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», pp. 864-866; GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 76-77; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 46, 71, sobre el indulto como preludeo o preparación de las reformas, pero no como medida recurrente, porque «en otro caso la clemencia se estaría utilizando como instrumento de simulación y evitación de la reforma del ordenamiento jurídico» (p. 46); mismo autor, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», p. 163; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», p. 128; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 126, 148, aprueba la medida experimental, limitando su aplicación a un tiempo y una región determinada; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, pp. 434-436.

¹¹⁰⁸ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 193-198, 231-233: «Als Gegenargumente führen sie an, dass hierbei auch das Problem besteht, dass man nur zu etwas begnadigen darf, was als gesetzliche Sanktion existiert. Zudem sollten Sanktionen an der Allgemeinheit getestet werden und nicht an Individuen im Einzelfall» (p. 233); HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», p. 742, favorable a dicha utilización que, supone considerar a la figura del indulto como: «Schrittmacher für die Weiterentwicklung eines humanen Strafrechts, indem es die Möglichkeit bietet, Instrumente auf ihre Tauglichkeit im Kleinen zu testen, bevor sie zum allgemeinen Gesetz erhoben werden»; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 79, 120, 126 ss., 149; MÜLLER-DIETZ, «Recht und Gnade», pp. 477, 479, 480; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 88-91; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, p. 24 lo justifica por la imposibilidad de que las leyes puedanacompañarse a la realidad diaria.

Sobre la relación entre el otorgamiento del indulto y el diseño de la política criminal de un determinado gobierno, vid. LÓPEZ AGUILAR, en su calidad de Ministro de Justicia, Diario de sesiones de la Comisión de Justicia, núm. 33, sesión de 25 de mayo de 2004, p. 39.

En Derecho comparado, el acuerdo núm. 488/2008, de 7 de octubre de 2008 del Tribunal Constitucional portugués, afirma clara y expresamente que se trata de un medio específico de concreción de política criminal.

La primera tacha se basa en el siguiente enunciado descriptivo que se culminará con una interrogación: para probar los efectos potenciales de una futura modificación legislativa, se selecciona –si bien no programáticamente, sino de facto– una muestra de aquellos condenados a los que se beneficiará con la concesión del indulto. Si se trata de la selección de una *partis*, no es el *totus*. ¿De qué dependerá pertenecer a la muestra aleatoriamente escogida o no ser incorporado a ella?¹¹⁰⁹

Adicionalmente y, en segundo lugar, el uso dado al indulto con esta finalidad contradice el art. 62. i. CE que prohíbe la concesión de indultos generales¹¹¹⁰ y la proscripción que contempla la propia LI cuando, en su *Exposición de Motivos*, impide que se utilice como instrumento con «efectos de una derogación transitoria de una ley penal». Si el argumento es probar en una colectividad (eso sí, reducida) los efectos premonitorios que un eventual cambio legislativo puede conllevar, entonces dicho actuar contraviene frontalmente aquella prohibición constitucional.

La utilización de la figura del indulto para estos fines se materializó, a título de ejemplo, con el otorgamiento constante del perdón en relación al delito contra el deber de prestación del servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria previstos en los arts. 527 y 604 CP¹¹¹¹ y que fueron suprimidos finalmente en virtud de la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria¹¹¹². En dicho ámbito, se concedieron 1.205 indultos particulares¹¹¹³ –sobre todo en el ejercicio 1998 y

¹¹⁰⁹ Vid. apartado 6.4. *La eventual vulneración del principio de igualdad en las decisiones de indulto*.

WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 103-104, 122, 388-389 rechaza considerar dicho cuestionamiento como un impeditivo, destacando los beneficios de esta utilización del indulto.

¹¹¹⁰ La primera proscripción histórica en este sentido se encontraba en la Constitución *non nata* de 1856, cuyo art. 52. 10º disponía: «Además de las prerrogativas que la Constitución señala al Rey, le corresponde indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, sin que pueda conceder indultos generales. Tampoco podrá indultar a ningún Ministro a quien se haya exigido la responsabilidad por las Cortes, sino a petición de uno de los Cuerpos Colegisladores». Según ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», p. 501, este artículo podría reputarse como el antecesor del actual art. 62. i. CE.

¹¹¹¹ Especialmente ilustrativa es la STS de 7 de diciembre de 2000 que, si bien confirma el signo absolutorio de la sentencia dictada en instancia, en aplicación del pleno no jurisdiccional de 27 de febrero de 1998, recoge «el progresivo aumento de medidas de indulto a los condenados por delito de incumplimiento del servicio militar» a que hacía mención la sentencia confirmada y el argumento utilizado por el Ministerio Público, en virtud del cual los órganos judiciales habrían de condenar por el art. 604 CP para después utilizar la vía de la solicitud de indulto para evitar tal punición.

Respecto del delito de insumisión, utilizando las estadísticas facilitadas por la Fundación Civio –Proyecto El Indultómetro–, se trataría de 3.011 de los 10.512 indultos otorgados desde 1996 hasta el 30 de junio de 2016 (un 28,64%).

LASCURAÍN SÁNCHEZ/MENDOZA BUERGO/RODRÍGUEZ MOURULLO (Coord.), *Código penal*, pp. 48-49.

¹¹¹² Vid. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 35-36.

¹¹¹³ Destáquese, en contra, en la medida que fueron decisiones de indulto general de carácter preconstitucional, las siguientes: el Decreto de 23 de agosto de 1954 por el que se concede indulto para las responsabilidades contraídas por los infractores de las normas fijadas para el reclutamiento del Ejército; el Decreto 195/1959, de 5 de febrero, por el que se aplican a los infractores de las normas de reclutamiento de los tres ejércitos los beneficios de indulto a que se refiere el Decreto de 31 de octubre de 1958 (con motivo de la exaltación al Solio Pontificio de Su Santidad el Papa Juan XXIII); y el Decreto 3288/1969, de 18 de diciembre, sobre indulto y normalización de situaciones militares, emitido con posterioridad a la entrada en vigor de la

significativamente en diciembre de 2000¹¹¹⁴– beneficiando a algunos de aquellos que habían sido condenados por su negativa a cumplir la prestación social sustitutoria o el servicio militar¹¹¹⁵. Nuevamente, se cuestiona, ¿de qué dependió estar comprendido en la muestra seleccionada para ser indultado o no ser incluido en ella?¹¹¹⁶

En estos escenarios de prueba anticipada de efectos de una potencial reforma legislativa sobre una muestra de condenados por un determinado delito lo que procede es la aprobación de aquella reforma legislativa que, si fracasa, podrá ser corregida, moderada o nuevamente suprimida. Precisamente fue la solución justamente adoptada en la praxis respecto de los denominados delitos de insumisión.

Idéntica situación se produjo no solo con los delitos contra la propiedad intelectual por venta ambulante de escasa entidad¹¹¹⁷ o con el delito de aborto¹¹¹⁸, sino, en la actualidad, con los delitos contra la salud pública. En su seno se habría utilizado y se vendría a recurrir a la figura del perdón para alcanzar una proporcionalidad de la respuesta punitiva que el texto legal no

Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar y las disposiciones reglamentarias de desarrollo, de concesión del indulto general en relación con infracciones relacionadas con el reclutamiento y reemplazo.

¹¹¹⁴ En la Referencia del Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2000 en el que se acordó el indulto de 1.443 personas, se hacía especial mención a esta cuestión: «*Los indultos beneficiarán a los casos de insumisión (...) 460 corresponden a delitos de insumisión. Este delito se castigaba, hasta el Código Penal de 1995, con penas privativas de libertad de extensión variable y, accesoriamente, con la inhabilitación. A partir de la aprobación del nuevo Código de 1995 la inhabilitación absoluta, de 10 a 14 años, pasa a ser la pena principal para los insumisos, y la prisión queda como medida complementaria para casos graves, oscilando entre los seis meses y los dos años de prisión. Tras una reforma parcial del Código Penal en 1998, la pena principal de inhabilitación queda reducida a cuatro años y se suprimen las penas de prisión para estos delitos. Lo que el Gobierno ha acordado ahora con los insumisos son dos tipos de medidas: la primera, condonar las penas a los 30 casos que restaban anteriores a 1995 y, la segunda, acordar para todos los demás que la inhabilitación absoluta de diez años se reduzca a los cuatro años de inhabilitación especial*». En este sentido, expresamente, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 284.

¹¹¹⁵ De 1996 a diciembre de 2000 se acordaron 145 indultos relacionados con la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria (119 en 1998); y 1.060 relativos a la negativa a cumplir el servicio militar (693 en 1998).

¹¹¹⁶ Interrogante que pudieron plantearse los siete condenados que permanecían en 2001 en la prisión de Alcalá de Henares (VV.AA., *En legítima desobediencia. Tres décadas de objeción, insumisión y antimilitarismo*, Ed. MOCTS, Madrid, 2002, p. 382).

¹¹¹⁷ En lo relativo al delito de propiedad intelectual, según cálculos propios, en tres años, desde el RD 1340/2009, de 31 de julio al RD 1811/2011, de 16 de diciembre, se concedieron 64 indultos por delitos contra la propiedad intelectual; la mayoría de ellos fueron otorgados a inmigrantes que practicaron la venta ambulante, de escasa entidad.

Ello condujo a una modificación de la redacción dada al art. 270 CP al que se introdujo un segundo párrafo con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio y ulteriormente se adicionó el apartado 270. 4 CP con la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo. En atención a las características del autor y a la reducida cuantía del beneficio económico potencial o real, puede imponerse trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a sesenta días o pena de multa de uno a seis meses, prescindiéndose de la pena privativa de libertad que se reconoció desproporcionada.

¹¹¹⁸ Como botón de muestra, los Reales Decretos 88/1994, 90/1994, 93/1994, 98/1994, 108/1994, de 21 de enero (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1994), de concesión de sendos indultos a quienes fueron condenados como autores por la comisión de delitos de aborto o, en el último de esos Reales Decretos, por un delito de encubrimiento de delito de aborto; o los Reales Decretos 485/1991, de 5 de abril (BOE núm. 87, de 11 de abril de 1991) y 2045/1993, de 19 de abril (BOE núm. 301, de 17 diciembre de 1993). ARGOS, «El Gobierno indulta a los condenados por abortos realizados en 1980 en la clínica Los Naranjos de Sevilla», en *El País*, 22 de enero de 1994, recoge: «*La argumentación del Gobierno se basa en que los hechos fueron cometidos antes de 1983, fecha de la despenalización parcial del aborto en el Código Penal*».

proporciona¹¹¹⁹. Ello explica la recurrencia con la que es efectivamente otorgado el indulto para este tipo de supuestos que son, en términos absolutos, aquellos que granjean un mayor número de perdones¹¹²⁰.

Como apuntaba ya críticamente FLORIAN¹¹²¹ al analizar la problemática ahora analizada, nos encontramos ante lo que él denomina un «*dilema evidente*»: o la gracia se aplica a la medida del arbitrio, de las recomendaciones, de las presiones; o se concede cuando la justicia lo exige. En la primera de las constelaciones, falta la causa de justificación. En el segundo caso, la justicia debe ser concedida no por la vía de la indulgencia y de favor casi arbitrario, sino con métodos preestablecidos, seguros e iguales para todos. Si por alguna circunstancia alguna categoría de delitos dejase de representar ya una lesión jurídica o se entiende que debe rebajarse la respuesta punitiva para adaptarla a las nuevas circunstancias sociales, en vez de otorgar una medida de perdón, debe abolirse la correspondiente sanción penal para todos¹¹²² o reformarse el texto de la ley, para evitar que a los individuos se les tenga que condenar injustamente y después reparar, en su caso, por la vía del indulto¹¹²³.

Adviértase que la aprobación de una reforma legislativa permite la aplicación retroactiva de la ley más favorable al reo, facultando la revisión de todas las sentencias condenatorias que

¹¹¹⁹ DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia*, pp. 168-169, con ejemplos jurisprudenciales.

Sin embargo, LAFONT NICUESA, «Cuestiones de actualidad sobre la venta callejera de productos sujetos a propiedad intelectual e industrial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.738, 2007, p. 6, a favor de la respuesta penal a las acciones calificables como de pequeña escala y de utilizar, en su caso, la figura del indulto para mitigar el rigor intensivo de la intervención penal.

¹¹²⁰ Según cálculos propios, este tipo de delitos acaparó el 48% de los indultos concedidos en el 2016 (13 de los 27). En relación con los concedidos en el 2017 (hasta el 15 de mayo de 2017), los delitos contra la salud pública han supuesto el 50% de los indultos otorgados (un 71,4% de considerarse los concedidos con motivo de la Semana Santa).

NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», pp. 227-228, sobre la frecuencia del indulto respecto de los delitos de salud pública en términos absolutos.

¹¹²¹ FLORIAN, «*Dei Reati e delle pene in generale*», en FLORIAN/POZZOLINI/ZERBOGLIO/VIAZZI, *Trattato di Diritto penale*, vol. 1, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1920, p. 406: «*Un dilemma è evidente: o quelli istituti si applicano alla stregua del l'arbitrio, delle raccomandazioni, delle pressioni, o si applicano quando la giustizia lo esige. Nel primo caso mancherebbe la causa giustificatrice; nel secondo giustizia dovrebbe essere resa non per via di sovrana indulgenza e quasi arbitrario, favore, ma con metodi prestabiliti, sicuri, eguali per tutti. E così se per avventura alcune categorie di reati non rappresenteno più una lesione giuridica, in luogo di promulgare amnistia, si dovrebbero abolire addirittura le corrispondenti sanzioni penali; se qualcuno o molti individui furono condannati ingiustamente, anzichè applicare la grazia o l'indulto converrebbe ricorrere alla revisione o ad altro istituto processuale idóneo. In sostanza, la volontà del Sovrano non disciplinata da norme uniformi e costante, non soggetta a controllo, esposta, anzi, agli arbitri ed alle oscillazioni del potere esecutivo e delle influenze parlamentari, rappresenta un elemento perturbatore nell'organismo processuale; per essa la pena viene a spogliarsi, in pratica, d'uno dei suoi maggiori requisiti, quello della immancabilità dell'applicazione*».

¹¹²² SÁINZ DE ROBLES, «El indulto como atentado a la independencia del juez», en *Cuenta y razón*, núm. 55, 1991, p. 98, sobre la necesidad de modificar el texto de la ley (en relación al delito de aborto), en vez de utilizar la vía de otorgamiento de indultos.

¹¹²³ En este sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 17: «*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, como, por ejemplo, ha sucedido con el delito contra el deber de prestación del Servicio Militar –se indultaba, en lugar de reformar la Ley–, o sucede actualmente en gran medida con las elevadas penas de los delitos contra la salud pública, o, en fin, sucedió en su día con el que parece ser sempiterno problema de las dilaciones indebidas*».

podieran ser afectadas (arts. 2. 2 y Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y concordantes CP).

Adicionalmente y como advirtiera DOVAL PAIS, si se considerase la reforma claramente beneficiosa para los condenados, incluso se podría prever un periodo de *vacatio legis* mínimo, según el margen que permite el art. 2. 1 CC¹¹²⁴.

En conclusión y en atención al análisis efectuado, se comprueba la ineptitud del indulto como medio para corregir el texto de las normas o probar anticipadamente modificaciones legislativas.

| | | |
|----------|--|---------------------|
| 4 | Errores del legislador y prueba anticipada de modificaciones legislativas | Reforma legislativa |
|----------|--|---------------------|

4.3.5. Reparación de errores judiciales

Partiendo de la falibilidad de los órganos judiciales, se aboga por permitir limitadamente que la resolución última de sus errores se efectúe a través de la figura del indulto como mecanismo para solventar aquéllos tras agotar los remedios procesales tasados sin que éstos hayan podido corregir esos yerros¹¹²⁵; para solucionar las injusticias reales causadas no ya por la estricta aplicación del derecho vigente, sino, en este punto, por la comisión de un error judicial¹¹²⁶.

¹¹²⁴ Sugerencia planteada por DOVAL PAIS en la reunión del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, celebrada el 16 de noviembre de 2016.

¹¹²⁵ Aunque resulta obvio, ello implica la asunción, con carácter general, de un sistema de doble instancia. ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 95, 97; BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 503-505, crítico; BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 17, 181-192, quien distingue entre errores por deficiencias del procedimiento o los generados por la ignorancia o pasión de los Jueces; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 121, 181; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 19-20, 56-57; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 79, a favor de su empleo cuando el TS advierta el error sufrido por el Tribunal de instancia sin poder proceder a su rectificación; ORLANDO, *Principii di Diritto Costituzionale, Manuali Barbèra di Scienze Giuridiche Sociali e Politische*, tomo IV, Ed. Barbèra, Florencia, 1925, 5ª ed., pp. 220-221, § 287, mantiene una posición bidireccional al afirmar que el indulto no había de servir para corregir errores judiciales (porque existen otras instituciones jurídicas apropiadas para ello) pero incluyendo la revisión de yerros de sentencias como motivo legítimo de concesión, explicando que como razón única no serviría, pero como razón concurrente, sí; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, pp. 434-435.

A favor de su admisión, *obiter dicta*, STS suizo de 19 de octubre de 1977 –BGE 103 Ia 426, p. 434–: «nach der Praxis der Begnadigungsbehörden nur offensichtliche Fehlurteile mit einer Begnadigung korrigiert werden, z.B. wenn die ausgesprochene Strafe in keiner Weise der allgemeinen Praxis entspricht und entschieden zu hoch ausgefallen ist».

Precisamente esta función es asumida por los denominados «*free pardons*» canadienses, concedidos por el Governor in Council en virtud del art. 748 de su CP y que define el propio Parole Board of Canada: «*Free Pardon: based on innocence, it is a recognition that the conviction was in error and erases the consequences and records of the conviction*» (http://www.pbc-clcc.gc.ca/infocntr/factsh/man_14-eng.shtml, consultado el 11 de agosto de 2016).

¹¹²⁶ MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 98 ss.; IMPALLOMENEI, *Istituzioni di Diritto Penale*, pp. 472-473, en estos casos, según dicho autor, se convierte en un deber; LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p.

Ilustrativas en este sentido son dos Resoluciones de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que otorgaron sendos indultos por haber concurrido errores judiciales a subsanar. En la Resolución de 11 de enero de 1936 (expediente núm. 2152)¹¹²⁷, se trataba de una indebida aplicación de legislación ya que se le aplicó al condenado una norma más gravosa que solo había entrado en vigor con posterioridad a cometer los hechos. En la Resolución de 1 de febrero de 1936 (expediente núm. 2339)¹¹²⁸, se había condenado al sujeto como responsable de tenencia y transporte ilícito de materiales explosivos. Sin embargo, dicho castigo nunca debió imponerse dado que, como resalta el Tribunal Supremo, no se atendió a la circunstancia de que el condenado era pirotécnico de oficio, la pólvora y mechas encontradas eran para la venta en canteras y contaba con licencia del Gobierno para ello.

Sin embargo, sin entrar en este punto de nuestro análisis en la visión, crítica, que identifica dicha utilización con una agresión y consiguiente cuestionamiento de la labor del poder judicial¹¹²⁹ y al margen del resto de disfunciones que se observan y que a renglón seguido se expondrán, lo cierto es que dicha solución nunca resultaría satisfactoria puesto que la hipotética concesión de un indulto no implica ni el reconocimiento del error judicial¹¹³⁰; ni la anulación de una resolución adoptada bajo dicho error¹¹³¹ –dado que la sentencia permanece inalterada¹¹³²–; ni, por consiguiente, la revisión de la declaración de culpabilidad¹¹³³; ni la

506; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 606; SEBBA, «The pardoning power – A world survey», p. 117, inserta dicha función principalmente en los países del *common law*.

JÄHNE, Directora de la sección Gnadenrecht del Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz de Berlín, en reunión celebrada el 7 de junio de 2016, destaca dicha función como prioritaria, dado que, en su opinión, el sistema de recursos no es infalible.

El abuso de la figura del indulto prometido como mecanismo para obtener una confesión en un procedimiento en el que el eventual condenado podría ser sentenciado a la pena de muerte, no forma parte del estudio, a pesar de que en ocasiones se analice conjuntamente, por suponer no ya un intento de corrección del error judicial sino una utilización tan desviada como ilícita –caso de los Rosemberg en plena Guerra Fría– (KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, pp. 584-586).

¹¹²⁷ Resolución de 11 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 18, de 18 de enero de 1936, pp. 583-384, expediente núm. 2152.

¹¹²⁸ Resolución de 1 de febrero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 35, de 4 de febrero de 1936, p. 1082, expediente núm. 2239.

¹¹²⁹ Vid. apartado 6.1. *El indulto como excepción al principio de separación o división de poderes y al principio de cosa juzgada*.

HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», p. 419.

¹¹³⁰ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 83: «Si es justicia, ¿para qué se me da como gracia? Si es gracia, la rehuso».

¹¹³¹ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 48-51, 57-58: «Durch den Gnadenspruch wird der Richterspruch als solcher weder tangiert noch korrigiert. Das durch das Gericht gefällte Unwerturteil und der Makel bleiben bestehen. Die Begnadigung ist keine restitution in integrum, der Rechtsbrecher wird durch sie nicht reingewaschen, der Schuldige nicht entschuldigt. “Der Begnadigte ist nach wie vor ein Verbrecher; die Gnade spricht nicht aus, daß er kein Verbrechen begangen habe”» (pp. 48-49). Por esta razón, MERTEN critica, acertadamente, que la STC alemán de 23 de abril de 1969 incorpore como función del indulto la corrección de errores judiciales (pp. 50-51). Cuestión distinta y alejada de la categorización del error judicial, continúa dicho autor, es la utilización del indulto para corregir la dureza del texto de la ley (adaptándolo a las características individuales del caso concreto) o su empleo cuando se producen cambios jurisprudenciales o legales.

¹¹³² GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 923; GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, p. 120; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 68-69.

¹¹³³ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», p. 338: «la sentencia ejecutoria tiene y conserva siempre el carácter de verdad legal, irrevocable y firme, sin que alteren ni modifiquen ninguna de sus declaraciones los fundamentos de la gracia otorgada, sin que ante un buen criterio jurídico queden desvirtuadas las afirmaciones que aquella contenga, sin que el reo pierda jamás el carácter de tal (...) sigue con él el estigma de la ley y la fuerza moral de la condena. Queda subsistente el delito, queda en

reparación de los daños en concepto de funcionamiento anormal de la administración (arts. 9. 3, 106. 2 y 121 CE y arts. 292 ss. LOPJ)¹¹³⁴ que, en su caso, tal yerro pudo haber irrogado.

De observarse la presencia de un error judicial que haya implicado el dictado de una determinada sentencia condenatoria equivocada, ha de corregirse ésta a través del sistema de recursos¹¹³⁵ que incluyen, como remedio procesal último¹¹³⁶, a pesar de sus especificidades, el recurso de revisión¹¹³⁷.

Si el sistema de recursos se revela insuficiente o se detecta alguna falla en él, la solución adecuada no es acudir a la figura del indulto –que para muchos debe respetar la validez de la sentencia judicial¹¹³⁸ y asumir la corrección en la aplicación de la ley¹¹³⁹– sino la de reformar, mejorando, los mecanismos ya existentes para permitir una revisión de las sentencias siempre que se revele la comisión de tal error judicial. Solución por la que, en efecto, se ha optado en nuestro ordenamiento jurídico. Así lo constata la aprobación de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, en vigor desde el 6 de diciembre de ese año.

Hasta su entrada en vigor, el margen del recurso de revisión se ajustaba, *ex art.* 954. 4º LECrim, a supuestos en los que, después de dictada la sentencia, sobreviniera el

pie la culpabilidad, queda respetado y respetable el fallo del tribunal»; BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, pp. 862-863, IV, 2, 875, IV, 2; BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 44, 81, 125, para concluir que, según su opinión, no existe intromisión del poder ejecutivo en las labores asignadas al poder judicial, dado que la sentencia queda intacta; BOURGET, «Entre amnistía e imprescriptible», p. 49; BUCHANAN, «The Nature of a Pardon under the United States Constitution», p. 44; HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», p. 414, contra la utilización de la figura del indulto para corrección de fallos de sentencia en la medida en que, con su concesión, ésta queda intacta; HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», p. 738: «*Der Schuldspruch bleibt bestehen*»; PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», p. 90; SCHMIDT, «§ 100 – Begnadigung und Amnestie», p. 570; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 87-88; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, p. 256 destaca la circunstancia de que el indultado nunca perderá la condición de condenado; WALDHOF, «Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?», pp. 138-139.

Sin embargo, MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 135-136, 215, para defender la necesidad de conceder indultos en supuestos de errores judiciales, considera que el indulto no implica asunción de culpabilidad: «*A pardon is an official act that reduces or eliminates a punishment. It is more likely to imply innocence than guilt*» (p. 136) (...) «*Pardon do not imply guilt*» (p. 215).

Interesante, a este respecto, el voto particular formulado el 19 de diciembre de 2003 por el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA, a la STC de 18 de diciembre de 2003: «*Quien acepta el perdón no puede demandar justicia. Aquél presupone la admisión tácita de una culpa previa; con la petición de justicia se niega la culpa y se exige una solución en Derecho*».

¹¹³⁴ Por todas, la reciente STC de 19 de enero de 2017, sobre la vulneración de derecho a presunción de inocencia en un supuesto en que se denegó la indemnización por funcionamiento anormal de la administración de justicia –cuestionando la inocencia del demandante en amparo– (tras sufrir prisión preventiva y ser con posterioridad absuelto).

¹¹³⁵ En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1471; LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 509; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 50-51; RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», p. 39; HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», p. 741.

¹¹³⁶ Considerado así en múltiples pronunciamientos, entre los que destaco la STS de 19 de noviembre de 2015.

¹¹³⁷ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25; FERRI, *Sociologia criminale*, pp. 741-742; LARNAUDE, «Rapport sur le droit de grâce», p. 938; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 18; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 32.

¹¹³⁸ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 447.

¹¹³⁹ LINDE PANIAGUA, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», pp. 162-163.

conocimiento de nuevos hechos o pruebas tales que evidenciaran la inocencia del condenado. Debido a la excepcionalidad de dicho mecanismo impugnativo, cuyos resultados prácticos a renglón seguido analizaremos, se requerían unas pruebas tan inequívocamente evidentes de la inocencia que, en la práctica, impedían revisar resoluciones judiciales en las que, de haberse conocido esos hechos o pruebas sobrevenidos, se hubiera debido dictar una sentencia absolutoria o con una pena inferior a la efectivamente impuesta. Por esta razón, la nueva redacción dada al art. 954. 1. d) LECrim –conforme a la Ley 41/2015, de 5 de octubre– viene a admitir el recurso de revisión de acaecer esos concretos supuestos.

El supuesto prototípico que ilustra la inadecuación de la utilización del indulto ante la comisión de un error judicial que habría de haberse subsanado con una revisión de la sentencia –posible de haber estado entonces vigente la reforma operada con posterioridad– es el conocido caso de AT y AM. Para efectuar un análisis del supuesto nos centraremos en la figura del primero de ellos.

A principios de los años 90 se produjo una serie de agresiones sexuales –acompañadas de lesiones, detenciones ilegales y robo– que terminó con el dictado de cuatro sentencias condenatorias respecto de AT¹¹⁴⁰. Las sentencias fueron dictadas tomando como prueba para enervar el principio de presunción de inocencia el reconocimiento en rueda efectuado por las víctimas. Ambos acusados, después condenados, permanecieron en prisión desde 1991, año de sus detenciones. Poco después del dictado de la última sentencia condenatoria (el 7 de enero de 1995) se volvió a producir una repetición de violaciones con el mismo patrón que las pasadas, lo que llevó a conectar ambas tras la detención de un hombre en relación con aquellas ocurridas en 1995. El hombre detenido se parecía físicamente a AT. Aquella detención permitió la elaboración de dos informes del Instituto Nacional de Toxicología emitidos el 14 de mayo y 5 de julio de 1996 que, analizando el material genético encontrado en el caso que conllevó el dictado de la sentencia de 22 de abril de 1994 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, determinó que éste pertenecía a quien había sido detenido en 1995 y no a los efectivamente condenados y detenidos ya en 1991. De conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1997 se anuló la sentencia condenatoria, se reconoció expresamente el error judicial radicado en que los conocimientos científicos en 1992 impidieron entonces trazar perfil genético alguno de ADN, se acordó la inmediata puesta en libertad de los condenados en relación a esta condena –que no pudo hacerse efectiva por tener las otras pendientes de ejecución– y la nueva instrucción de la causa.

La solución dada por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1997, acogiendo el recurso de revisión, divergió de la alcanzada respecto de las otras tres sentencias condenatorias puesto que, respecto de ellas, se carecía de perfil genético para poder comprobar si debía o no mantenerse el signo condenatorio del fallo, contándose únicamente con los reconocimientos efectuados por las víctimas. En este sentido se pronuncia el auto del Tribunal Supremo dictado el 30 de junio de 2000 en el que efectúa una doble argumentación: **(i)** la restricción a estrechos márgenes en el recurso extraordinario de revisión que permiten

¹¹⁴⁰ Cronológicamente: sentencia de 23 de septiembre de 1992 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 21 de enero de 1993 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, 22 de abril de 1994 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y 7 de enero de 1995 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona.

revisar la sentencia solo cuando existan nuevos hechos o pruebas claras, firmes, sólidas, terminantes, patentes, que choquen frontal e insosteniblemente con los elementos probatorios que sirvieron para dictar la condena y que evidencien de forma inequívoca la inocencia del condenado –lo que supone una inversión de la carga de la prueba en relación a los momentos procesales previos al dictado de la sentencia en aras del principio de seguridad jurídica–; y (ii) la utilización de la figura del indulto como solución para aquellas penas que quedaban por cumplir, como «*salida adecuada*» en estos «*espacios de sombras o dudas razonables*» que «*hubieran podido surtir su efecto en la instancia pero [que] es difícil darles virtualidad y efectividad probatoria en un recurso como el de revisión, de tan estrechos márgenes y de tan estrictas exigencias*».

Como apuntaba el propio Alto Tribunal en la meritada resolución, el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña asumió la calificada como «*salida adecuada*» y solicitó el indulto en escrito fechado el 30 de abril de 1999, dos años después de que quedara anulada aquella sentencia de 22 de abril de 1994 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona por entender que, si bien respecto del resto de sentencias condenatorias no se contaba con material genético que permitiera practicar una prueba de la misma índole a la que había llevado a la anulación del fallo condenatorio en ese caso, dada la identidad del *modus operandi* utilizado en los casos, habida cuenta del notable parecido físico entre el condenado y el detenido en 1995 y toda vez que la prueba acusatoria se basaba en el reconocimiento efectuado por las víctimas, afirmaba entonces el Ministerio Público, todo ello: «*permite comprender la posible confusión de las víctimas en las diligencias de identificación que constituyeron en todos los casos, elemento fundamental de la prueba acusatoria*». Aunque asumía el aceptado angosto margen concedido por el art. 954 de la LECrim, sin embargo, reconoció la concurrencia de «*serias dudas sobre la autoría de los hechos determinantes de las condenas, y, por ello, la razonable posibilidad de la inocencia de los condenados que han cumplido ya más de siete años de prisión*».

Sin embargo, y a pesar de que las singularidades del caso hubieran permitido adoptar una medida de perdón como la sugerida por el Tribunal Supremo y efectivamente solicitada por el Ministerio Público, de asumirse el indulto como mecanismo que solventase los errores judiciales cometidos a favor de un valor de justicia material superior (el que personas inocentes no sean condenadas y estén cumpliendo penas privativas de libertad), el 30 de abril de 2008 –nueve años después de haberse solicitado y diecisiete después de haber sido detenidos–, el Consejo de Ministros resolvió desfavorablemente los expedientes de indulto, bajo la premisa de que no era un «*mensaje asumible indultar a una persona condenada por violación*»^{1141,1142}.

¹¹⁴¹ Declaraciones el 7 de mayo de 2006 de LÓPEZ AGUILAR, Ministro de Justicia hasta el 12 de febrero de 2007 y predecesor en dicho cargo de FERNÁNDEZ BERMEJO (RD 235/2007, de 9 de febrero, de nombramiento), quien lo ocupó hasta el 23 de febrero de 2009 y, por tanto, Ministro de Justicia al tiempo en que se denegó el indulto (http://elpais.com/diario/2006/05/07/domingo/1146973953_850_215.html, consultado el 15 de junio de 2015).

¹¹⁴² Vid. apartado 1.1.1. *Justificación contextual del tema de estudio. Propuestas de reforma formuladas a la regulación del indulto.*

Respecto del indulto masivo concedido el 1 de diciembre de 2000, el Ministro de Justicia refirió en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior, celebrada el 13 de diciembre de 2000, que habían sido excluidas no solo las conductas típicas subsumibles en agresiones sexuales, sino aquellas que «*plantean un*

Esto es, la eventual posibilidad de utilización de la figura del indulto para la subsanación de errores judiciales, además de que no supone el reconocimiento de que dicha equivocación ha sido cometida, de que no anula la resolución dictada bajo error, ni revisa la declaración de culpabilidad¹¹⁴³, ni permite resarcir por los daños que aquel yerro pudo ocasionar, tampoco asegura que, cuando se concrete un equívoco, la medida de perdón sea concedida¹¹⁴⁴. La negativa a su otorgamiento puede estar orientada, como fue el caso, por razones exógenas al ordenamiento jurídico penal y al principio de justicia que inspira éste.

A la anterior constatación se anuda otro reproche de igual calado que ya se adelantaba al tratar la cuestión de las dilaciones indebidas y su interrelación con la institución del indulto. Si el mantenimiento de un error judicial implica la vulneración de distintos derechos fundamentales (libertad, principio de presunción de inocencia y tutela efectiva de los jueces y tribunales), dicha violación no puede carecer de reparación jurídica. La solución de ese error judicial no puede dejarse depender de la eventual concesión de una medida discrecional de gracia porque, de instrumentalizarse de esta forma, la salvaguarda ante contravenciones de derechos fundamentales se volvería a convertir en una mera promesa de trato gracioso¹¹⁴⁵ que, en función de intereses extraños a la consecución de la justicia más cercanos al electoralismo, se añade, puede nunca ser reconocido.

Asumiendo las claras afirmaciones de ARENAL también en este punto: *«la autoridad de la cosa juzgada, en tanto se ha de respetar, en cuanto sea respetable; en tanto ha de ser firme, en cuanto sea justa; y cuandoquiera que se reconozca que no lo es, se ha de tener por nula y de ningún valor, no en virtud de la ciega arbitrariedad del jefe del Estado, sino conforme a reglas fijas que constituyan verdadero derecho»*¹¹⁴⁶.

En conclusión, puede afirmarse que, cuando se constate la ocurrencia de un error judicial, la utilización de la figura del indulto para repararlo no resulta satisfactoria¹¹⁴⁷.

particular rechazo social como son los delitos de terrorismo o de quienes tienen antecedentes terroristas, crimen organizado, malos tratos, agresión o tráfico sexual, violencia doméstica, torturas, tráfico de drogas graves». En la rueda de prensa dada el 18 de marzo de 2016 tras la celebración del Consejo de Ministros en el que se aprobó la concesión de trece indultos con motivo de la festividad de la Semana Santa, la Vicepresidenta del Gobierno, afirmó también en esta misma línea: *«Les informo que este Consejo ha rechazado la concesión de 599 indultos, de los cuales 584 habían sido informados desfavorablemente (...). De los quince restantes, tres contaron con informe favorable de ambos y doce, con informe desfavorable de uno de los dos, según el caso. No obstante, las quince denegaciones en que había un informe favorable se refieren a delitos de violencia de género, delitos de índole sexual, en los que este Gobierno no ha concedido ningún indulto, ni ahora ni en los cuatro años de la Legislatura pasada. Aunque había quince indultos que tenían informe favorable o del tribunal sentenciador o de la Fiscalía, como se refieren a delitos –fundamentalmente éstos y algún otro– fundamentalmente de violencia de género, violencia sexual, este Gobierno no ha dado ni un solo indulto en materia de violencia de género. Por tanto, aunque haya informe favorable, no se corresponde con la política de lucha contra la criminalidad que este Gobierno defiende y, por lo tanto, no han sido concedidos»*.

¹¹⁴³ AGUADO RENEDO, «Espagne», pp. 395-396, nota 4, justamente sobre el caso comentado.

¹¹⁴⁴ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 447, 450.

¹¹⁴⁵ Voto particular emitido por BACIGALUPO ZAPATER a la STS de 27 de enero de 1997.

¹¹⁴⁶ Cfr. ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 42-44, 199.

¹¹⁴⁷ Aunque con matices, enuncia FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 24: *«Die Gnade ist demgegenüber grundsätzlich kein Mittel um Gerichtsurteile zu korrigieren»*.

Para el reconocimiento de un error judicial y su corrección efectiva es necesario que se utilice el sistema de recursos del que nuestro ordenamiento se ha dotado y, en último término, se permita una revisión de la sentencia que haya implicado el pronunciamiento de un fallo condenatorio equivocado (o un fallo condenatorio sin la observancia de determinadas circunstancias que habrían implicado la imposición de menor pena).

Dicha declaración implica la anulación de la resolución adoptada bajo dicho error y el eventual reconocimiento de la necesidad de aplacar los daños y perjuicios que aquel yerro generó en quien fue condenado indebidamente o que lo fue por tiempo superior al debido. Para permitir que esa rectificación se proporcione cuando aquel error judicial se pueda producir, el legislador ha procedido a la reforma del régimen del recurso de revisión que, en la actualidad, no está tan encorsetado en aquellos angostos límites que ahogaban su efectiva aplicación.

De todo ello se deriva la confirmación de que el sistema de recursos (incluido el de revisión), ha desplazado a la figura del indulto como instrumento para reparar los errores judiciales¹¹⁴⁸.

| | | |
|---|--------------------------------------|---|
| 5 | Reparación de los errores judiciales | Sistema de recursos y recurso de revisión |
|---|--------------------------------------|---|

4.3.6. Mecanismo logístico ante sobrepoblación carcelaria

Uno de los argumentos que se esgrime a favor de la necesidad de mantener la figura del indulto es la discutida utilidad de esta institución para corregir ágilmente el problema de la sobrepoblación reclusa¹¹⁴⁹ y aliviar la presión presupuestaria del Estado¹¹⁵⁰, dado que el otorgamiento del perdón permite vaciar con cierta presteza los centros penitenciarios donde los internos estén hacinados, permitiendo una ejecución de la pena digna¹¹⁵¹, que pueda asegurarse la consecución de los fines a los que se dirige el castigo¹¹⁵².

¹¹⁴⁸ Así, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 24-27.

¹¹⁴⁹ BARNETT, «The grounds of pardon», p. 527; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 48-49, 95, no se opone a su empleo; WALKER, «The quiddity of mercy», pp. 32-33, agrupa en la misma categoría de «*merely expedient*» la economización de recursos penitenciarios saturados, la protección de diplomáticos, la negociación con secuestradores y la recompensa al autor para obtener su cooperación; WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 182.

Razonablemente crítico, KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 21; con reservas, también FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 23: «*Das Begnadigungsrecht ist kein geeignetes "Ventil" für die Überbelegung im Strafvollzug*»; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1472, se pronuncia expresamente en contra de su empleo.

¹¹⁵⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1472.

¹¹⁵¹ MÜLLER-DIETZ, «Recht und Gnade», pp. 477, 480.

Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, p. 8.

¹¹⁵² DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 433-436 (especialmente, p. 435).

Así se argumentaba en el Preámbulo del Decreto-Ley 259/74, de 15 de junio de 1974, de concesión de perdón y amnistía, de la República Portuguesa, tras el Movimiento de 25 de abril (Diário do Governo núm. 138/1974, de 15 de junio de 1974, 1º Suplemento, Série I).

Aunque es una realidad quizá actualmente lejana desde el plano geográfico¹¹⁵³ y en el seno de nuestro ordenamiento jurídico no sería sostenible¹¹⁵⁴, habida cuenta de la prohibición constitucional de la concesión de indultos generales (art. 62. i. CE), no puede marginarse el estudio de esta utilización como función secundaria anudada a la institución.

En entornos como Chile¹¹⁵⁵, Bolivia¹¹⁵⁶, México¹¹⁵⁷, Zimbabue¹¹⁵⁸, Italia¹¹⁵⁹, Francia¹¹⁶⁰, Rusia o Turquía (respecto de estos dos últimos, AGUADO RENEDO apunta a una intencionalidad

¹¹⁵³ No así antes de la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, dictada tras el punto de inflexión marcado por el expresidente Sarkozy al negarse en sus declaraciones del 7 de julio de 2008 a proceder al indulto general con motivo de las festividades conmemorativas del día 14 de julio, preguntándose: «*Ou faut-il admettre que la justification de la grâce présidentielle soit de vider les prisons qui sont surpeuplées?*». Declaración que fue criticada por los sindicatos de prisiones dado que los centros penitenciarios franceses albergaban por aquel entonces a casi 61.000 prisioneros, cuando el aforo máximo era de 50.000 (cifras proporcionadas por el Syndicat National Pénitentiaire Force Ouvrière).

NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1315, 1328-1329; VV.AA., *Una alternativa a algunas provisiones penales utilitarias*, p. 10, se cita como ejemplo de utilización del indulto «para aligerar periódicamente la congestión carcelaria» a Francia, Italia y Alemania; lo que supone «una función perversamente legitimadora de políticas criminales previas poco fundamentadas». WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 69, 92-93, 185, también apunta al uso regular y sistemático de amnistías y perdones generales en Francia para reducir la presión de la sobrepoblación carcelaria.

¹¹⁵⁴ BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 147-148, 166-168, sobre el nulo impacto del incremento en la población reclusa en el número de concesiones de indulto en España. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, p. 237. Por su parte, ROBLES FERNÁNDEZ, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 al propio BADULES IGLESIAS, p. 261, destaca el empleo del tercer grado y la expulsión para liberar la masificación penitenciaria en España.

¹¹⁵⁵ Ley 20.588/2012, de 22 de mayo de 2012 de indulto general, concedido bajo determinadas circunstancias y condiciones, estaba destinado a que en el plazo de 150 días se conmutasen las penas correspondientes a delitos menores por las de vigilancia de la autoridad o expulsión al país de origen («extrañamiento especial») a grupos determinados de mujeres reclusas, a quienes dispusieran del beneficio del permiso de salida controlada, a quienes cumplieran condena de reclusión nocturna y a extranjeros (1066 del total). Con dicha Ley se liberaron a 4.029 personas después de que 81 presos fallecieran en diciembre de 2010 por un incendio en la cárcel de San Miguel y se consiguió reducir la sobrepoblación de un 42% a un 23% según el Informe de la Fiscalía de la Corte Suprema chilena publicado el 1 de marzo de 2013. Con posterioridad y tras las reformas normativas operadas en el Decreto Ley núm. 321 que establece la libertad condicional para los penados, la figura del indulto ha sido superada por la libertad condicional como «solución a una sobrepoblación carcelaria que en el país alcanza un 70%». El 2 de mayo de 2016 fueron puestos en libertad a través de dicha figura 1.461 presos (568 a través de la Corte de apelaciones de Santiago, 788 en Valparaíso y 105 por acuerdo de la comisión de libertad provisional de la Corte de apelaciones de Iquique) –http://www.pjud.cl/web/guest/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/corte-de-apelaciones-santiago-otorga-libertad-condicional-a-568-internos-de-carceles-de-la-jurisdiccion, http://www.pjud.cl/web/guest/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/comision-de-libertad-condicional-de-la-jurisdiccion-de-valparaiso-define-beneficios, http://www.pjud.cl/web/guest/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/comision-de-libertad-condicional-de-la-jurisdiccion-iquique-concede-beneficio-a-105-internos, consultados el 5 de mayo de 2016).

¹¹⁵⁶ Decreto Presidencial núm. 1445, de 19 de diciembre de 2012, de concesión del indulto; Decreto Presidencial de indulto y amnistía núm. 1723, de 18 de septiembre de 2013; Decreto Presidencial núm. 2131 de 1 de octubre de 2014 de la concesión de indulto por causas humanitarias; y Decreto Presidencial núm. 2437 de 1 de julio de 2015 de concesión de amnistía, indulto parcial y ampliación de la vigencia y alcance del indulto por razones humanitarias, que permitió su utilización hasta el 30 de junio de 2016.

¹¹⁵⁷ En el Estado de México (entidad federativa de los Estados Unidos Mexicanos), se aprobó el 14 de abril de 2016 la Ley de Indulto y de Conmutación de Penas –Decreto núm. 78, tomo 201, núm. 68, Gaceta del Gobierno del Estado Libre y Soberano de México, de 18 de abril de 2016– en virtud de la cual podrían beneficiarse hasta un 30% de la población reclusa (<http://www.oem.com.mx/elsoldetoluca/notas/n4135477.htm>, consultado el 15 de abril de 2016). Sin embargo, entre las razones que se alegaron formalmente como motor de su aprobación, no figuró oficialmente la solución a un eventual problema de

penitenciaria adicional consistente en impedir el control de los centros de internamiento por bandas organizadas¹¹⁶¹), la sobrepoblación carcelaria ha pretendido ser en determinadas ocasiones (no residuales), resuelta a través de la institución del indulto¹¹⁶².

Entiendo que la aplicación de la figura del indulto en esos supuestos no ha ofrecido, en la práctica, resultados satisfactorios tanto en la medida en que supone soslayar la causa real específica que genera la sobrepoblación carcelaria –utilizándose la institución de perdón como mero paliativo y, por ende, no resolutivo del problema, que persiste–, como por las consecuencias prácticas que produce una excarcelación masiva¹¹⁶³ (también en términos de tasa de reincidencia¹¹⁶⁴). No es un suceso marginal que en aquellos países donde se ha efectuado una posterior revisión del índice de reincidencia de los beneficiados por el indulto general utilizado para liberar presión numérica dentro de la población reclusa, éste ha desvelado un elevado índice de reincidencia de los indultados, ya que aquellos presos que se acogen a la medida de indulto general no reciben atención a través de mecanismos de

sobrepoblación sino circunstancias que no deberían ser motivo de concesión de indulto sino de declaración de nulidad del proceso al que fueron sometidos los condenados (art. 4. I. D, II. A, B).

¹¹⁵⁸ El 12 de febrero de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el art. 112 de la Constitución de Zimbabue, se dictó la Clemency Order núm. 1 de 2014 (Gaceta gubernamental núm. 10), que decretaba la remisión de la sentencia, salvo limitadas excepciones (art. 8), para todas las mujeres condenadas, a excepción de las condenadas a pena de muerte o cadena perpetua; para los menores de 18 años; para los condenados a menos de 36 meses de prisión; para aquellos que por razones médicas pudieran no sobrevivir la condena impuesta; para quienes cumplieren condena en régimen abierto; o aquellos que contaban con 70 años. Para evitar la sobrepoblación carcelaria, el 26 de mayo de 2016, el Presidente de Zimbabue volvió a dictar una norma, la General Notice 85/2016 (Gaceta gubernamental núm. 36), con la que se pretendía atajar el hacinamiento carcelario, superior al 16%, con una medida que afectaría a más de 2.000 condenados (<http://newzimbabwevision.com/tag/general-notice-852016/>, <http://www.npr.org/sections/thetwo-way/2016/05/27/479726288/zimbabwe-pardons-thousands-of-prisoners-because-of-overcrowding-food-shortages>, consultados el 30 de mayo de 2016).

¹¹⁵⁹ Como consecuencia del dictado de la Ley núm. 241, de 31 de julio de 2006, de concesión de indulto (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale núm. 176 de 31 de julio de 2006), la población reclusa en Italia pasó de 60.710 (a 31 de julio de 2006) a 38.326 (a 30 de septiembre de 2006), conforme a las cifras oficiales recogidas en el informe «Popolazione detenuta e risorse dell'amministrazione penitenziaria», elaborado por el Departamento de administración penitenciaria del Ministerio de Justicia de la República de Italia en septiembre de 2006.

¹¹⁶⁰ RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 600-601, 605-606; TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 515-516.

¹¹⁶¹ Cfr. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 30-31. Utilización similar a la señalada por el Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, p. 11, en relación con las amnistías utilizadas para alentar a los combatientes a abandonar las organizaciones a las que pertenecen.

¹¹⁶² No incorporo en esta enumeración el reciente caso de los Estados Unidos de América al que ya se ha hecho referencia, en virtud del cual han salido 6.112 presos «*in an effort to reduce overcrowding and provide relief to drug offenders who received harsh sentences over the past three decades*», porque su salida se produjo como resultado de un cambio en la guía dada por la U.S.Sentencing Commission el 1 de noviembre de 2014 que se declaró retroactivo y, por consiguiente, se trataría de procesos de revisión de las sentencias dictadas.

¹¹⁶³ WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 182.

¹¹⁶⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA (Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, núm. 76, sesión de 18 de noviembre de 1931, p. 2430; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 49; CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 22, nota 23.

resocialización, ni se les aplica una fase social de transición, sino simplemente son puestos en libertad¹¹⁶⁵.

Sin descartar otros escenarios posibles que habría que valorar casuísticamente, la investigación ha localizado tres causas principales por las que se puede producir ese efecto sobrepoblacional en los establecimientos penitenciarios. Para ello, metodológicamente se ha seleccionado como ámbito de análisis aquellos países que recientemente han utilizado la figura del indulto para subsanarlo¹¹⁶⁶.

(a) Si el hacinamiento se produce por una exacerbada utilización de medidas cautelares personales¹¹⁶⁷ unida a una dilatación excesiva de la duración del proceso penal, ha de someterse a consideración el establecimiento normativo de requisitos estrictos, para que solo en supuestos tan excepcionales como residuales –cuando no exista ninguna otra medida alternativa a la prisión provisional (principios de subsidiariedad y proporcionalidad que inspiran la redacción dada a nuestro art. 502. 2 LECrim)– se produzca el ingreso efectivo en prisión y, de existir éste, se proceda al establecimiento de plazos máximos para cumplimiento de medidas cautelares de carácter personal¹¹⁶⁸ (como instaura el art. 504 LECrim). Paralelamente, pueden revisarse los mecanismos instaurados que permitan minorar la duración excesiva de las fases de investigación o instrucción del procedimiento penal.

¹¹⁶⁵ En el «Informe de Reincidencia de indultados en el año 2012», emitido por la Subsecretaría de Prevención del delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile, p. 4, publicado en diciembre de 2014 para valorar los efectos de la Ley 20.588/2012, de 22 de mayo de 2012 de indulto general, se apunta que hasta un total de 900 personas beneficiadas por el indulto general concedido en 2012 (un 30% de los indultados que no fueron expulsados del país) habían vuelto a cometer uno o más delitos, principalmente relacionados con hurtos y robos (un 43,80% de los reincidentes). Adviértase, sin embargo, que la cifra no dista de los índices de reincidencia calculados en aquel país anteriormente. Se calculaba un 50,5% de reincidencia para un periodo de 36 meses en 2007 (MORALES/MUÑOZ/WELSCH/FÁBREGA, *La reincidencia en el sistema penitenciario chileno*, Ed. Fundación Paz Ciudadana y Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile, 2012, p. 32).

FANECA, «El indulto», p. 104; POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática, Génesis, desarrollo y costes*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 148, sobre la relevancia de las instituciones integrantes del sistema progresivo en la ejecución de la pena de prisión que permiten al preso establecer gradualmente contactos y vínculos con el exterior que se traducirán en una menor exclusión social futura y, por ende, en una menor probabilidad de reincidencia.

¹¹⁶⁶ SALINERO ECHEVERRÍA, «¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal», en *Revista Ius et Praxis*, núm. 1, 2012, pp. 113-150; MAPELLI/ROMERO/VALDA/MIRANDA, *Situación de las cárceles en Bolivia*, Ministerio de Gobierno de Bolivia, Dirección de Régimen Penitenciario, 2006, pp. 4-77.

¹¹⁶⁷ SÁNCHEZ MORENO, «El indulto para procesados y el perro del hortelano», p. 62, estima que, en 1991, el 80% de los casi 18.000 presos en Perú se encontraban privados de su libertad al haberseles aplicado la medida cautelar de detención.

¹¹⁶⁸ Ello motivó en Colombia la aprobación de la Ley 1760 de 6 de julio de 2015, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Con su aplicación, más de 10.800 personas sobre las que se había adoptado una medida cautelar personal, ingresadas en prisión a la espera de sentencia, saldrán en julio de 2016. El Ministerio de Justicia colombiano apuntó al deshacinamiento de las cárceles, como principio motriz de esta decisión (<http://www.efe.com/efe/america/politica/mas-de-10-800-presos-colombianos-que-esperan-sentencia-saldran-las-carceles/20000035-2936100>, consultado el 30 de mayo de 2016).

Como acertadamente advierte ACHÁ¹¹⁶⁹, el indulto nunca podrá ser, en estos escenarios de exceso de utilización de medidas provisionales de carácter personal, una solución. Dado que la figura del indulto no incide en la fase previa a la celebración del juicio, sino que requiere una sentencia firme, la opción basada en el otorgamiento de indultos no repercute en los altos porcentajes de internos de carácter preventivo, sino es para generar un potencial efecto perverso. El tenor del art. 3. II. del Decreto presidencial núm. 1445, de 19 de diciembre de 2012, de concesión del indulto, incentivó que, para poder optar a él, los internos preventivos solicitasen acogerse al procedimiento abreviado que, *ex arts. 373 y 374 del Código de Procedimiento Penal boliviano exigía del imputado «la admisión del hecho y su participación en él».*

(b) Si la sobrepoblación se ha generado como consecuencia última de una manifiesta desproporción de las penas de prisión en relación al hecho cometido o la ausencia de mecanismos de suspensión de ejecución para penas privativas de libertad de corta duración –que obliga a los reos a permanecer largo tiempo internados–, debería acometerse una reforma legislativa que ajuste las penas conforme al principio de proporcionalidad (dando la posibilidad de existencia a penas sustitutivas a las de prisión) y se podrían diseñar mecanismos para dejar en suspenso la ejecución de las penas de prisión que no alcanzaran determinada duración si así se decidiera por razones de política criminal¹¹⁷⁰.

(c) Si el exceso de población carcelaria viniera producido por factores como la corrupción de los sistemas policial y penitenciario, ésta debe ser atajada por la vía de mayores mecanismos de control y con una aplicación severa de la normativa penal para aquellos funcionarios o autoridades públicas que corrompan dichas estructuras. Este escenario es el surgido en Bolivia, como subrayó el *Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* en aquél país, Denis Racicot¹¹⁷¹, quien destacó como causa directa del hacinamiento penitenciario no solo la inadecuación logística carcelaria sino, ante todo, la corrupción que afecta a fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y a funcionarios de prisiones que solicitan pagos y beneficios para efectuar el transporte de personas detenidas a sus respectivas

¹¹⁶⁹ ACHÁ, «El indulto y los delitos de drogas: Los resultados de la aplicación del indulto en Bolivia y su impacto sobre las personas encarceladas bajo la Ley 1008», en Informe para Acción Andina y Colectivo de Estudios de Drogas y Derecho, junio de 2016, pp. 10-12.

¹¹⁷⁰ Esta solución sería justamente la que aparece recogida expresamente en la Recomendación Rec. 99 (22) concerning prison overcrowding and prison population inflation, aprobada tras la reunión de 30 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En su Anexo, principios 22 a 26 (relativos a las medidas después del juicio), se señala, entre otras cuestiones: «*The development of measures should be promoted which reduce the actual length of the sentence served, by giving preference to individualised measures, such as early conditional release (parole), over collective measures for the management of prison overcrowding (amnesties, collective pardons).* 24. *Parole should be regarded as one of the most effective and constructive measures, which not only reduces the length of imprisonment but also contributes substantially to a planned return of the offender to the community.*».

¹¹⁷¹ Declaración de Denis Racicot, Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos en Bolivia, el 13 de septiembre de 2013 (www.nu.org.bo/noticias/destacados-nacionales/comisionado-de-onu-recomienda-terminar-la-corrupcio-n-en-carceles/, consultado el 20 de enero de 2015).

audiencias¹¹⁷². La situación descrita provoca que se verifiquen altos porcentajes de reclusos respecto de los que no existe aún un pronunciamiento condenatorio¹¹⁷³.

Cuanto antecede demuestra la necesidad de identificar la concreta causa directa que genera la sobrepoblación carcelaria para atajar ésta y no la consecuencia de aquélla ya que, si se actúa simplemente liberando presos cada vez que se generen elevados niveles de población reclusa, como ocurre en Bolivia, la aglomeración carcelaria se convertirá en una patología crónica, no susceptible de ser solventada a través de la utilización de la institución del indulto¹¹⁷⁴.

Si a través de la previa identificación de las razones de hacinamiento y la correspondiente modificación legislativa no se corrigieran los niveles de sobrepoblación, la solución aplicable ha de ser el incremento del número de instalaciones penitenciarias y de plazas para internos¹¹⁷⁵, a

¹¹⁷² En este sentido, también ACHÁ, «El indulto y los delitos de drogas: Los resultados de la aplicación del indulto en Bolivia y su impacto sobre las personas encarceladas bajo la Ley 1008», p. 8.

¹¹⁷³ En septiembre de 2013, el representante de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en el Estado Plurinacional de Bolivia, cifraba en 80% las personas ingresadas en prisión sin el dictado de un pronunciamiento de signo condenatorio, elevado porcentaje que reconoce el propio texto del Decreto Presidencial de indulto y amnistía núm. 1723, de 18 de septiembre de 2013: «*Que entre las causas del hacinamiento, está el retardo de justicia, la aplicación indiscriminada de la detención preventiva para todos los delitos de carácter patrimonial, y la falta de aplicación de salidas alternativas al proceso*». El Director Nacional de Régimen Penitenciario de Bolivia el pasado 10 de marzo de 2016 rebajaba al 69% el porcentaje de personas encerradas en régimen de prisión provisional, para confirmar que: «*Si bien se han realizado acciones paliativas desde el Ejecutivo como el indulto, lo que ha permitido que no se rebase la capacidad (de las cárceles), se ha hecho un ejercicio con estadística de régimen penitenciario y seguro habrá un incremento de la población carcelaria hasta fin de año, eso va a dificultar la atención a los privados de libertad*» (Boletín informativo del Observatorio Boliviano de Derechos Humanos, <http://www.nuevademocracia.org.bo/observatorio/index.php/es/boletines/715-boletin-informativo-del-10-de-marzo-de-2016> consultado el 15 de marzo de 2016).

ACHÁ, «El indulto y los delitos de drogas: Los resultados de la aplicación del indulto en Bolivia y su impacto sobre las personas encarceladas bajo la Ley 1008», pp. 2-14, mantiene que la rebaja experimentada por el porcentaje de presos en régimen de prisión provisional no supone «*una mejora sustancial del problema de hacinamiento*», dado que, como constata con las cifras de presos, el problema de sobrepoblación se mantiene (p. 14).

En este sentido se han pronunciado representantes de los internos de establecimientos penitenciarios bolivianos (https://correodelsur.com/seguridad/20160630_concluye-indulto-sin-dar-solucion-al-hacinamiento.html, consultado el 1 de agosto de 2016).

¹¹⁷⁴ En sentido similar, al analizar los problemas estructurales en Italia, se pronuncia la sentencia del TEDH (Secc. 2) de 8 de enero de 2013, caso Torreggiani y otros contra Italia (sentencia piloto): «*la superpoblación carcelaria en Italia no afecta sólo al caso de los demandantes (ap. 54). (...) el carácter estructural y sistémico de la superpoblación carcelaria en Italia se deduce claramente de los datos estadísticos indicados anteriormente, así como de los términos del estado de emergencia a nivel nacional proclamado por el presidente del Consejo de Ministros italiano en 2010 (ap. 23-29). El conjunto de estos datos muestra que la violación de los derechos de los demandantes a beneficiarse de unas condiciones adecuadas de reclusión no es la consecuencia de incidentes aislados, sino que tiene su origen en un problema sistémico resultado del mal funcionamiento crónico del sistema penitenciario italiano, que ha afectado y es susceptible de afectar el futuro de numerosas personas*».

El anterior pronunciamiento vendría a converger con las conclusiones sobre el papel del TEDH que MAUGERI le otorga ante disfunciones estructurales de un sistema estatal, constituyéndose como ejemplo del procedimiento de sentencias piloto en estos contextos; sobre esta cuestión, vid., MAUGERI, A. M., «Fundamental rights in the European legal order», pp. 376-379.

¹¹⁷⁵ Extremo que quedó apuntado por la Directora Regional de Régimen Penitenciario de Oruro en Bolivia el pasado 19 de mayo de 2016 quien, si bien admitió el efecto positivo que el otorgamiento de indulto había ocasionado, advirtió que la solución al hacinamiento pasaba por la ampliación de la dotación de plazas para reclusos a través de la habilitación de nuevos establecimientos (<http://www.elpaisonline.com/>

través de una adecuada dotación presupuestaria y no la figura de un perdón sistemático altamente disonante y no resolutivo que, en ese caso, se convertiría en una cuestión de economía y de presupuestos¹¹⁷⁶.

En conclusión, queda comprobada la insatisfacción e inadecuación de asumir el indulto como un medio para afrontar el problema de sobrepoblación carcelaria, existiendo distintas alternativas de resolución que, al impactar sobre las causas por las que dicho hacinamiento ha podido producirse, impiden que ese problema cronifique.

| | | |
|----------|--|--|
| 6 | Mecanismo logístico de vaciamiento de cárceles ante sobrepoblación carcelaria | <p>Identificación causas directas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reforma de regulación de medidas cautelares personales; reducción de dilación de procedimiento - Revisión de proporcionalidad de penas; mecanismo de suspensión de ejecución para penas de prisión de corta duración; penas sustitutivas a la pena de prisión - Control y severidad de normativa penal para detectar y castigar a funcionarios y autoridades públicas que soliciten beneficios para efectuar traslado de presos <hr/> <p>Dotación presupuestaria: incremento número de plazas para internos</p> |
|----------|--|--|

Con el precedente análisis se comprueba la idea apuntada desde el s. XVIII¹¹⁷⁷. La figura del indulto, en el seno de estas funciones secundarias, es superflua pues se limita a completar unos déficits normativos cuya solución viene dada por un perfeccionamiento del texto legal correspondiente, tal y como el examen histórico-empírico se ha encargado de demostrar. Ello

index.php/2013-01-15-14-16-26/cronica/item/216177-se-triplico-la-poblacion-carcelaria-en-el-penal, consultado el 19 de mayo de 2016).

¹¹⁷⁶ LÓPEZ MONTENEGRO Y TEJADA, *Examen sobre los sistemas penitenciarios y su utilidad respectiva*, Imprenta de Francisco Abienzo, 1860, Madrid, p. 10, sobre la situación penitenciaria en los Estados Unidos de América y la utilización de la gracia en él: «se ha hecho [del derecho de gracia] cuestión de economía y de presupuesto, sobreponiéndose las insignificantes y peligrosas especulaciones del espíritu mercantil, a los sabios cálculos de la previsión y a las benéficas inspiraciones de la humanidad. Nada hay que más fuertemente haya desconcertado el espíritu del sistema penitenciario, que el ejercicio abmiso del derecho de indulto». Cita que ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 163-164 atribuye a LUCAS en la introducción al Code of Reform and Prison Discipline de LIVINGSTON.

¹¹⁷⁷ RADBRUCH, «§ 24 Die Gnade», p. 164, a pesar de su defensa de la institución, reconoce: «Aber sobald Richtlinien der Gnade die Form gesetzgebungsreifer Normen angenommen haben, hört streng genommen, die Kompetenz der Gnade auf»; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 5; citando a RADBRUCH; FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 23: «Zur Recht warn RADBRUCH davor, dass streng genommen die Kompetenz der Gnade aufhört, sobald Richtlinien der Gnade die Form gesetzgebungsreifer Normen angenommen haben»; RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», pp. 32, 35.

constata la evolución del uso del indulto hacia la residualidad¹¹⁷⁸ y su sustitución efectiva por otros instrumentos del Derecho¹¹⁷⁹.

Respecto de estas finalidades secundarias, la investigación no ha detectado ninguna que no haya sido ya superada por la correspondiente previsión normativa (en nuestro ordenamiento o en otros sistemas jurídicos) o que no pudiera ser reconducible a la acogida de una concreta medida normada. Por tanto, puede sostenerse que no existe ninguna función secundaria del indulto que no pueda ser potencialmente reconducida a normas previstas o previsibles¹¹⁸⁰.

4.4. Funciones primarias

Sin embargo, la investigación acometida ha advertido que el indulto no solo es utilizado para corregir déficits atribuibles a otras figuras o instituciones, sino que, en ocasiones, es utilizado como fin en sí mismo por distintas razones; cumple lo que se ha venido a denominar en esta investigación funciones primarias.

¹¹⁷⁸ HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», p. 739, desde una perspectiva cuantitativa.

¹¹⁷⁹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, p. 1001, § 76, 2; RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», pp. 32, 35; KRASCHUTZKI, «Begnadigung», p. 226, destaca la absorción de la mayoría de los supuestos en el entonces nuevo § 26 StGB – hoy § 57–; SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», pp. 1250-1251, reconoce esa traslación al texto de la ley, a pesar de su defensa de la figura del indulto: «Die Strafgesetzgebung hat den Bereich der Gnade stark eingeengt. (...) Damit wird der Ausnahmecharakter der Gnade ganz besonders hervorgekehrt und die günstige Prognose, eine von vielen möglichen Gnadenmotivationen, vorwiegend in den gesetzlich normierten Bereich verwiesen» (p. 1250).

Como apuntó MARXEN, en reunión celebrada el 20 de abril de 2016, una ilustrativa demostración de dicha evolución, con reflejo en los términos lingüísticos, es la transición en Alemania desde la figura del indulto («Begnadigung») hacia la figura de la libertad condicional («StrafAussetzung zur Bewährung») pasando por el denominado, no sin críticas –vid. por todos, VON HOLTZENDORFF, *Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen und die bedingte Freilassung der Sträflinge in ihrem Verhältnisse zum Strafmasse und zu den Strafzwecken*, Ed. J.A.Barth, Leipzig, 1861, pp. 102-103–, indulto condicionado («bedingte Begnadigung») y después la puesta en libertad condicionada («bedingte Entlassung»). GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 122-123; cfr. SCHMIDT, «§ 100 – Begnadigung und Amnestie», pp. 570-571, sobre la cesión del fundamento jurídico del indulto a favor de la reglada «bedingte Strafaussetzung» o «bedingte Verurteilung». En este sentido, SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 141, 189-193, 195; WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 146.

En España, vid. CADALSO, *La libertad condicional*, p. 16, creándose la estación de «indulto condicional» entre el indulto y la libertad condicional.

¹¹⁸⁰ Se confirma lo avanzado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», pp. 10, 28: «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 infrutilizadas al albur, precisamente, del instituto del indulto. (...) 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» (p. 10); «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» (p. 28).

4.4.1. El indulto como mecanismo esperanzador, incentivo y recompensa. Análisis de actuaciones postdelictivas, conductas meritorias o virtuosas y Derecho premial

A modo de excurso introductorio y desde una perspectiva general, se recordará que las recompensas, definidas ya genéricamente por BENTHAM como una porción de la materia del bien que se otorga en consideración a un servicio real o supuesto¹¹⁸¹, pueden existir como incentivo de acción¹¹⁸², pero también inconexas con cualquier tipo de incentivo para acometer un acto¹¹⁸³. La recompensa como incentivo de acción, en el ámbito de estudio en el que nos encontramos, puede dividirse, asumiendo un criterio temporal, en tres estadios:

- (i) Como incentivo para obrar, para no cometer un hecho delictivo –a lo que JIMÉNEZ DE ASÚA anuda una potencial función preventiva general¹¹⁸⁴–. Etapa, por tanto, irrelevante para esta investigación.
- (ii) Una vez cometido el hecho delictivo, para, adoptando una visión utilitarista basada en la *retribución* –no como efecto retributivo de la pena sino como compensación ligada a la determinada conducta que quiere incentivarse–, motivar una acción referenciada necesariamente en él¹¹⁸⁵ (por ejemplo, la reparación del daño o la confesión del hecho –art. 21. 5ª y 6ª CP–, la regularización de la situación tributaria prevista en el art. 305. 1 CP o la liberación al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días ex art. 163. 2 CP); o
- (iii) Una vez condenado, incentivar una acción basada en la asunción de un comportamiento favorable del sujeto considerado responsable, asentada en las premisas de la prevención especial –aquellas que se presentan particularmente intensas en la fase de ejecución de la pena¹¹⁸⁶–. Como se analizará, es en este subgrupo en el que la figura del indulto es defendida por algunos autores como instrumento autónomo de incentivo de acción, como recompensa o premio

¹¹⁸¹ BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses, Ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglois, par Et. Dumont*, tomo 2, Ed. Bossange et Masson, París-Londres, 1818, 2ª ed., p. 2.

¹¹⁸² BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, tomo 1, p. 45: «*On ne peut influer sur la volonté que par des motifs, et qui dit Motif dit Peine ou Plaisir*».

¹¹⁸³ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1915, pp. 7-9, 38-40.

¹¹⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *ibid.*, pp. 30-58.

¹¹⁸⁵ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 199-200, contraria a otorgar un indulto basado en este incentivo de acción al autor, identifica distintos ejemplos ilustrativos: «*pardons granted to induce the offender to do something: to turn state's evidence, to rejoin the army, to populate the colonies, to testify regarding the details of the offender's own crime, to volunteer for a medical experiment, and so forth. In 1730, for example, a pardon was granted to a condemned criminal on condition that he let a physician cut a hole in his eardrum to study its effects on his hearing*».

¹¹⁸⁶ MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, p. 84.

motivador¹¹⁸⁷. En este sentido, la esperanza se llega a defender como el segundo resorte más poderoso para la enmienda, a la par que el temor¹¹⁸⁸.

Pero puede suceder que la recompensa carezca de conexión con un incentivo para la acción. En estos casos, las recompensas se erigirían como meras gratificaciones, como premios otorgados ante actos ilustres o laudables (descubrimientos, invenciones, rendimientos deportivos sobresalientes o servicios prestados eminentes)¹¹⁸⁹. Aunque será una posición que no comparta, observaremos en las líneas siguientes que también se encuentran defensores del empleo de la institución del indulto en este segmento.

Efectuado el precedente recordatorio general y descendiendo a las posturas dogmáticas sostenidas en relación a la figura del indulto, ya se ha advertido que dicha institución se configura por algunos autores como un mecanismo autónomo en virtud del cual los condenados mantienen la esperanza de salir de prisión anticipadamente¹¹⁹⁰, lo que les sirve de incentivo último para alcanzar un mejor comportamiento durante el cumplimiento de su condena y ulterior reinserción en la sociedad¹¹⁹¹. Se centran en aquella tercera etapa que se ha distinguido, cuando, tras la condena, la recompensa se corresponde o tiene como finalidad el incentivo de acción.

El estímulo del condenado radica en la previsión mental de que puede contar con ser potencialmente agraciado con la medida de perdón si mantiene un modo de actuar ejemplar. Se produce un efecto equivalente al generado con el dictado de la sentencia indeterminada, utilizada primariamente como mecanismo rehabilitador¹¹⁹². Sin embargo, su otorgamiento no implica únicamente una reducción del tiempo efectivo de reclusión sino, a modo de *plus*, una

¹¹⁸⁷ LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 87-88, acoge como motivo natural del indulto de iniciativa gubernativa: «cuando venga motivado por sucesos concretos (v.g. epidemia, incendio, desórdenes públicos, inundaciones, etc.), en los que aparezca probada la actuación meritoria y fuera de lo común de uno o, lo que será más frecuente, de varios condenados».

¹¹⁸⁸ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 55, al transcribir la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 12 de mayo de 1914, para el establecimiento y aplicación de la libertad condicional en España.

¹¹⁸⁹ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 5, ilustra los indultos concedidos durante la República de Weimar (1918-1933) por antiguos servicios a la patria; GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, p. 267.

¹¹⁹⁰ GARCÍA VALDÉS, «Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 54, núm. 1, 2001, p. 42; SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», pp. 1251-1252. Para HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», p. 420, el factor esperanzador del indulto para el condenado es de los más relevantes.

Esta es la justificación que se da en Tailandia a la cuestionable iniciativa «Prison Fight» en virtud de la cual, si un preso (condenado a pena de prisión de larga duración) consigue ganar cinco combates –el último de ellos contra un boxeador profesional–, obtiene el indulto (<http://prisonfight.com/>, consultado el 8 de abril de 2017).

¹¹⁹¹ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 343-345, 419; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 11.

Así se recoge expresamente en la Exposición de Motivos de la Instrucción 17/2007, sobre beneficios penitenciarios e indulto particular, emitida por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el 4 de diciembre de 2007.

¹¹⁹² CADALSO, *La libertad condicional*, p. v; MOORE, K. D., *Pardons*, p. 59; SARAT, *Mercy on trial*, p. 95.

disminución del tiempo efectivo de pena que debe ser cumplido por entender que los fines de ésta (destinados a su corrección o rehabilitación) han sido ya satisfechos¹¹⁹³.

Existen resoluciones de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, cuando la facultad de indultar residía en dicho órgano ex art. 102 CE 1931, que motivan el otorgamiento del indulto a los condenados por la culminación de su corrección. Se cita, a modo de ejemplo, la Resolución de 4 de enero de 1938, expediente núm. 2384¹¹⁹⁴ en la que se concede el indulto dado que, del expediente, «*se infiere la eficacia correccional de las condenas antes de que llegara la extinción total de una y otra*»; y la Resolución de misma fecha, expediente núm. 1836¹¹⁹⁵, en la que se conviene que con la pena rebajada que propone la Sala de Justicia Militar «*se habrá logrado la corrección del reo*».

Como exigencia fundamental para conceder el indulto en estos escenarios se apunta a la excelente conducta que desplegara el reo, principio inspirador que paralelamente también infunde el residual indulto taurino¹¹⁹⁶, cuando el pañuelo naranja se agita en la mano del presidente de la plaza¹¹⁹⁷.

No resulta fruto de la irreflexión incluir esta función esperanzadora de la figura del indulto como primaria, aunque, ya adelantemos, ciertos razonamientos que se consignarán en este apartado en relación a su interacción con otras figuras, con las que convive y comparte aquella atribución, podrían hacer pensar que pudiera tratarse de una función secundaria. Sin embargo, en la medida en que se parte de la institución del indulto como una figura de Derecho premial autónoma e independiente en la que se comprende el análisis de conductas no abarcadas por aquellas otras instituciones paralelas con las que cohabita y toda vez que coexiste con éstas (no las sustituye por una deficiencia predicable de aquéllas) es por lo que se enmarca el presente análisis desde la perspectiva de su función primaria. En atención a los criterios taxonómicos expuestos, pertenece a la categoría primaria de funciones asignadas al indulto.

En consonancia con la observación precedente, el indulto se configuraría como la recompensa suprema ante un comportamiento postdelictivo favorable de signo excepcional¹¹⁹⁸ y

¹¹⁹³ KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», pp. 50-51, 62, deduciría de ello un impacto positivo en la baja tasa de reincidencia en Canadá, situada en un 3% para aquellos indultos otorgados antes del 2004.

¹¹⁹⁴ Resolución de 4 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 7, de 7 de enero de 1936, p. 199, expediente núm. 2384.

¹¹⁹⁵ Resolución de 4 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 7, de 7 de enero de 1936, p. 199, expediente núm. 1836.

¹¹⁹⁶ Según el Informe «El empleo fantasma que genera la tauromaquia» publicado por AVATMA el 10 de julio de 2015 también sobre «Indulto al Toro», p. 8, durante el 2014 fueron matados en las plazas de primera y segunda categoría (donde los toros son susceptibles de recibir el indulto, a excepción de Andalucía, en la que también se admite en plazas de tercera) 1842 toros de los que fueron indultados 18, el 0,9%.

¹¹⁹⁷ Art. 69. 2. e. del RD 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos. El Art. 83 del mismo reglamento indica como motivo de concesión que: «*una res por su trapío y excelente comportamiento en todas las fases de la lidia, sin excepción, sea merecedora del indulto, al objeto de su utilización como semental y de preservar en su máxima pureza la raza y casta de las reses*».

¹¹⁹⁸ Motivo que refleja PARDO BAZÁN en el primero de los indultos otorgados en el cuento «El indulto», en Revista ibérica de política, literatura, ciencias y artes, núm. 1, 1883, pp. 2-5 y que fue llevado al cine en 1961 por SÁENZ DE HEREDIA, en la película homónima. El segundo indulto se refería a un evento extraño, como es el nacimiento del hijo de los Reyes. Dicha justificación de concesión del indulto también ha sido trasladada al cómic, MORRIS/GOSCINNY, *Indulto para los Dalton*, Ed. Círculo de Lectores, Barcelona, 1985.

meritorio¹¹⁹⁹; y, en último término, se llegaría a representar como un saludable ejemplo para que los condenados se *enmienden y corrijan*¹²⁰⁰.

Tras apuntarse tangencialmente en el Decreto de 7 de diciembre de 1866 al tratar la excepción a la proscripción de los indultos generales¹²⁰¹, el Decreto de 12 de enero de 1874, que restablecía la vigencia de la LI tras la derogación llevada a cabo por la Ley de 9 de agosto de 1873, ya apuntaba dicho fundamento al afirmar que pudiera ocurrir que el «*delincuente que viene extinguiendo la pena impuesta [mostrase] de una manera evidente y positiva un restablecimiento de su sentido moral, que siempre se supone pervertido en todo aquel que comete un delito*»¹²⁰².

Adicionalmente, en tiempos en que las penas eran de larga duración¹²⁰³ e inexorable e inflexiblemente ejecutadas sin contar con mecanismos paralelos que pudieran atemperar su aplicación¹²⁰⁴ –tales como la libertad condicional¹²⁰⁵, el régimen progresivo (también

GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», pp. 906-907, lo señala como uno de los argumentos que emplean los defensores de la figura. A favor de su utilización, SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, p. 268. JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 147-149, llegaría más lejos, anticipando necesariamente el perdón basado en una especulación de esperanza de mejora.

¹¹⁹⁹ Los Decretos Ejecutivos núm. 704 de 25 de junio y 720 de 6 de julio de 2015 emitidos en Ecuador son especialmente ilustrativos al haber sido recientemente concedidos por mérito académico. En el primero, el presidente de Ecuador acuerda otorgar el indulto a un preso que acredita que: «*rindió el examen nacional para la educación superior (ENES) obteniendo el puntaje más alto (928/1000) dentro del proyecto de acceso a la Educación Superior de Personas Privadas de la Libertad*»; en el segundo Decreto Ejecutivo, la concesión se justifica porque: «*obtuvo el puntaje de (906/1000) en el Examen Nacional para la Educación Superior (ENES)*». BRAVO, *La gracia de indulto*, p. 198: «*También merecería gracia el que por medio de su trabajo y talento adquiriese un señalado timbre en las ciencias ó en la industria. La gloria, en cualquier sentido alcanzada, es lábaro regenerador para el hombre, y demuestra recónditas virtudes, ocultas quizá por largo tiempo bajo la corteza de malos instintos ó de una educación pervertida*». Dicho autor, en esa misma obra, desarrolla una propuesta de reforma de la LI, pp. 224-231, con un catálogo de «*causas únicas en que pueden fundarse los indultos*», entre las que destaca: «*Art. 20. 4º. Haber contraído méritos en defensa de la patria, ó del orden público, en actos de caridad y beneficencia, ó en trabajos científicos ó industriales*».

¹²⁰⁰ MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 22.

¹²⁰¹ El art. 4 del RD de 7 de diciembre de 1866, reformando los procedimientos sobre indultos y rehabilitaciones (Gaceta de Madrid núm. 345, de 11 de diciembre de 1866) disponía: «*No se concederán en lo sucesivo indultos generales o de muchedumbre inmotivados, no entendiéndose tales, por lo tanto, los que se funden en hechos extraordinarios meritorios de muchos penados ó de clases enteras de ellos, cuyos hechos meritorios se apreciarán y expresarán en la concesión del indulto*».

GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 14, sobre la publicación del mentado Real Decreto en un «*periodo de claro abuso de los indultos generales*».

¹²⁰² MUÑOZ SÁNCHEZ, voz «Indulto», p. 385, referencia, al respecto, el Reglamento de 26 de marzo de 1805, aplicado en el presidio de Cádiz; HERRERO BERNABÉ, «Antecedente históricos del indulto», pp. 703-704.

¹²⁰³ ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, p. 102; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 4, 25.

¹²⁰⁴ Muy ilustrativa la Exposición de Motivos del Decreto de 12 de enero de 1874 (Gaceta de Madrid núm. 13, de 13 de enero de 1874): «*En efecto, el principio de la irremisibilidad de la pena, que ha inspirado la ley de 9 de Agosto de 1873, solo es aplicable donde el sistema penitenciario rige, y a su lado las instituciones complementarias de la libertad provisional, patronatos y asociaciones de protección y amparo. Están de tal manera relacionados dicho principio con el sistema penitenciario y sus instituciones complementarias, que ciertamente aquel no puede tener realidad, ni admitirse donde, como en España, el régimen penal dista mucho por desgracia de ajustarse a los modernos y saludables principios que la ciencia admite y la experiencia va acreditando*».

Interesante el análisis acometido por MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 125-134, sobre las opciones legales introducidas para templar la inexorable aplicación de la ley –disposiciones sobre remisión y reducción de la pena, suspensión de la ejecución de la pena o su

denominado sistema irlandés o bautizado con el nombre de CROFTON¹²⁰⁶, quien replica el empleado ya en 1840 por MACONOCHIE¹²⁰⁷, influido a su vez por MONTESINOS y MOLINA¹²⁰⁸), o la desaparecida reducción de penas por esfuerzo de los penados¹²⁰⁹, la redención de penas por el trabajo ex art. 100 CP 1973–, se justificaba genéricamente la institución del indulto para introducir la modulación necesaria y no dejar «*en idéntica situación en lo futuro, al criminal endurecido y rebelde, que al arrepentido y reformado*»¹²¹⁰. Para, como aseveraba ARMENGOL y CORNET, evitar entronizar «*la desigualdad y la desproporción desde el momento en que se dijera: hé ahí la pena que debes extinguir; es inexorable; la ley no tendrá en cuenta ni tu conducta, ni tu arrepentimiento, ni tu reforma, ni tu dolor, ni tu enfermedad; Nulla redemptio!!!*»¹²¹¹. El indulto se utilizaba como mecanismo de individualización de la aplicación de la pena ante la ausencia, en aquel momento histórico, de mecanismos alternativos¹²¹².

A parte de su potencial genérica aplicación ante comportamientos extraordinariamente destacables, la figura del indulto se convertiría particularmente también en un beneficio penitenciario máximo, a considerar cuando el sujeto condenado destacase por su positiva

aplazamiento e interrupción (*Erlaß, Ermäßigung, Aussetzung y Ausstand*); KEATING, «Executive clemency: an ancient power and a modern solution», p. 13.

¹²⁰⁵ ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, p. 100, apunta a la evolución de la propia institución de la libertad condicional que, añadido, seguiría la misma pauta correctora que la figura del indulto, dado que si bien en su comienzo se representaba como una recompensa a la buena conducta, con posterioridad su aplicación se hizo reglada y automática para permitir la reducción de las largas condenas aplicadas conforme a una legislación obsoleta; PFLIEGER, «Gnade vor Recht?», en *Zeitschrift für Rechtspolitik* núm. 3, 2008, p. 84, sobre la ausencia de contraposición entre el concepto de clemencia y derecho en el sistema jurídico actual que, desde el s. XX, ha permitido la absorción de la primera a través del propio derecho vigente, con instituciones como la libertad condicional, que bautiza como «*pequeña clemencia*».

¹²⁰⁶ Cfr. CARPENTER, *Reformatory prison discipline. As developed by the Rt. Hon. Sir Walter Crofton, in the Irish convict prisons*, Ed. Longman, Londres, 1872, pp. 1-22.

¹²⁰⁷ CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 3-4, 9, 19-20, identifica el art. 5º de la Real Ordenanza para el gobierno de los presidios de los arsenales de Marina de 20 de marzo de 1804 como la norma española con sistema progresivo antes de que lo empleara MACONOCHIE (p. 9).

¹²⁰⁸ CID/TÉBAR, «Spain», p. 362.

¹²⁰⁹ SANZ DELGADO, *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2007, pp. 57, 84. Lo recuerda igualmente GARCÍA VALDÉS, «Estar mejor y salir antes», p. 41, transcribiendo el Preámbulo de la Circular de 24 de agosto de 1899 de la Dirección General de Establecimientos Penales: «*No establecen nuestras Leyes, por más que de ello existan precedentes en el Código Penal de 1822 la reducción de la pena por el esfuerzo del penado, por la demostración patente de parte del mismo de que ha logrado su redención moral por el arrepentimiento y el sacrificio, haciéndose digno de regresar al seno de la sociedad con beneficio para ella misma, pues recibe sano el miembro que de sí separó por enfermo; pero no faltan medios en aquéllas que puedan dar un resultado análogo, y que sin duda no desconocen los señores que componen las Juntas locales de prisiones. La gracia de indulto, preciada prerrogativa que la ley fundamental concede al Rey, puede subvenir a esta necesidad social y tan conforme a la naturaleza humana*».

¹²¹⁰ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», p. 95. Referencia recogida por MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 27. En el mismo sentido, RUIZ y RODRÍGUEZ, *Tratado general de procedimientos criminales*, p. xxxvi.

¹²¹¹ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», p. 95.

¹²¹² NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 195; WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 145, 181: «*pardoning throughout most of the nineteenth century was the main source of individualization in punishment. It is a familiar fact of legal history that the individualization that would later be accomplished through probation and parole was accomplished through pardoning in the nineteenth century – through the exercise of sovereign grace*» (p. 145).

rehabilitación¹²¹³; en atención a la satisfacción del fin de prevención especial asignable a la pena impuesta y parcialmente cumplida¹²¹⁴.

Esta idea inspiraba ya la influyente¹²¹⁵ Ordenanza General de los Presidios del Reino emitida el 14 de abril de 1834¹²¹⁶. Precisamente aquella se convirtió en el basamento de la actual redacción del art. 206 RP –descendiente del art. 257 del RD 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprobaba el reglamento penitenciario–; precepto que ha venido a mantenerse por una mera cuestión de reminiscencia histórica¹²¹⁷. Acogiendo las tesis que respaldaban aquella Ordenanza General, algunos autores abogaban por que el indulto se constituyese como el mecanismo incentivador más potente que permitiera operar la reforma moral de los condenados¹²¹⁸.

En los escenarios sometidos a análisis no se trataría de una valoración de la conducta del penado en el seno de un expediente de indulto en tramitación, apreciación que ha de acompañar a cualquier despacho de esta naturaleza (arts. 24 y 25 LI¹²¹⁹) –exigencia compartida

¹²¹³ KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 20. Actualmente dicha estructura se mantiene en Derecho comparado. Por ejemplo, en Chile se puede conceder el indulto a aquel que ya se encuentra en libertad condicional (art. 8 del Decreto 1542, de 26 de noviembre de 1981, por el que se aprueba el Reglamento sobre indultos particulares) siempre que se encuentre en la situación prevista en el art. 38 del Decreto 2442, de 30 de octubre de 1926, que fija el texto del reglamento de la Ley de libertad condicional, cuando «*haya cumplido la mitad de esta pena, obteniendo invariablemente las mejores clasificaciones por su conducta, aplicación al trabajo y dedicación al estudio, podrá solicitar del Supremo Gobierno, por intermedio del Tribunal de Conducta respectivo, que le indulte el tiempo que le falte*». En contra, BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 519-521.

En nuestro país el Proyecto de Constitución Federal de la República española de 17 de julio de 1873 incorporaba expresamente, dentro de los *derechos naturales*, «*el derecho, en caso de caer en culpa ó delito, á la corrección y á la purificación por medio de la pena*» (Título preliminar, 8º), lo que lleva a MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 311, a afirmar que, entonces, la concesión del indulto debía ir precedida de una «*previa actitud correctora de la conducta del condenado*», en la línea del argumento analizado.

¹²¹⁴ Vid. apartado 5.3.2. *Teorías de la prevención especial*.

¹²¹⁵ Disposición que se proyectó también en la Real Orden de 31 de enero de 1882 aprobando el Reglamento para el régimen de la Penitenciaría de mujeres de Alcalá de Henares (Gaceta de Madrid núm. 40, de 9 de febrero de 1882, p. 543), cuyo art. 25 expresaba: «*Como estímulo a su buena conducta, las penadas podrán obtener alivio en su pena por los jefes del Establecimiento: 1º. Relevándolas de algunas faenas inferiores. 2º. Concediéndolas mayor esparcimiento ó puestos de preferencia en los talleres, comedores o dormitorios. 3º. Nombrándolas encargadas de sección o guardadoras en el departamento de niños. 4º. Confiriéndolas el cargo de enfermeras. 5º. Proponiendo a la Dirección general, para que ésta lo haga al Gobierno, la que considere digna de disminución de condena por conducta constantemente ejemplar*».

¹²¹⁶ Su Sección tercera. Premios y rebajas: «*Art. 303. Con copia certificada de los asientos del libro de la Mayoría respectiva é informe del Jefe, se propondrá por el conducto del Subdelegado de Fomento respectivo al Director general el presidiario que por su mérito particular ó trabajo extraordinario, arrepentimiento y corrección acreditada deba ser atendido y premiado con alguna rebaja de tiempo, bajo grave responsabilidad en la exactitud de los informes*».

¹²¹⁷ SANZ DELGADO, *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, pp. 57, 84: «*Como reminiscencia de tal posibilidad histórica, permanece en nuestra legislación penitenciaria el indulto particular, que supuso el instrumento de mayor utilidad para el acortamiento de la condena, con anterioridad a la existencia de una Ley de libertad condicional (hasta 1914) y, esencialmente, habiendo desaparecido la posibilidad de aplicación de la utilísima y decimonónica institución de la rebaja de penas*» (p. 57).

¹²¹⁸ HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, p. 256, § 998; SEBBA, «The pardoning power – A world survey», p. 121.

¹²¹⁹ Influenciados por la Real Orden de 2 de abril de 1839 relativa a las circunstancias que deben comprender los informes o propuestas de los tribunales en las solicitudes de indulto (Colección de las Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes y de los Reales Decretos, Órdenes, Resoluciones y Reglamentos Generales expedidos por las Secretarías del Despacho desde 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1839, tomo XXV, Ed.

en Derecho comparado¹²²⁰– sino de que la excepcional conducta del condenado se convierta en el resorte para motivar el inicio de la tramitación de la concesión del indulto como beneficio penitenciario¹²²¹ cuyo oficio consta de dos fases diferenciadas (la que finaliza con la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria –arts. 202 ss. RP– y la que se inicia con el dictado de dicha resolución y que es general, bajo la regulación de la LI)¹²²².

Para el seno de esta investigación no es marginal conocer que el embrión del actual art. 206 RP, localizado en el RD de 3 de junio de 1901 por el que se reformaba el régimen de las prisiones destinadas al cumplimiento de condenas, advertía que la institución de indulto había de ser utilizada *en tanto que* no existía respaldo legal que permitiera entonces la introducción de la medida que se reputaba conveniente: la libertad condicional¹²²³. La figura del indulto

Imprenta Nacional, Madrid, 1840, pp. 228-229), cuyo art. 1 rezaba: «Los informes o propuestas de los tribunales relativos a indultos deberán expresar la edad, profesión, conducta anterior, estado y modo de vivir o fortuna de los reos, manifestando en el caso de ser padres de familia los individuos de que esta se compone y la asistencia que de aquél recibían, cuya circunstancia se expresará también respecto de los reos que aún siendo solteros mantenían a sus padres, hermanos o parientes». De opinión convergente, HERRERO BERNABÉ, «Antecedentes históricos del indulto», p. 706.

¹²²⁰ A título de ejemplo puede apuntarse que en el mismo sentido se orientan los criterios del § 10. 2 de la Gnadendordnung de Berlín o la Section 1-2.112 del United States Attorney's Manual sobre *Standards for considering pardon petitions*: «In general, a pardon is granted on the basis of the petitioner's demonstrated good conduct for a substantial period of time after conviction and service of sentence. (...) In determining whether a particular petitioner should be recommended for a pardon, the following are the principal factors taken into account. 1. Post-conviction conduct, character, and reputation. An individual's demonstrated ability to lead a responsible and productive life for a significant period after conviction or release from confinement is strong evidence of rehabilitation and worthiness for pardon. The background investigation customarily conducted by the FBI in pardon cases focuses on the petitioner's financial and employment stability, responsibility toward family, reputation in the community, participation in community service, charitable or other meritorious activities and, if applicable, military record. In assessing post-conviction accomplishments, each petitioner's life circumstances are considered in their totality: it may not be appropriate or realistic to expect "extraordinary" post-conviction achievements from individuals who are less fortunately situated in terms of cultural, educational, or economic background. (...) 3. Acceptance of responsibility, remorse, and atonement. The extent to which a petitioner has accepted responsibility for his or her criminal conduct and made restitution to its victims are important considerations. A petitioner should be genuinely desirous of forgiveness rather than vindication. While the absence of expressions of remorse should not preclude favorable consideration, a petitioner's attempt to minimize or rationalize culpability does not advance the case for pardon. In this regard, statements made in mitigation (e.g., "everybody was doing it," or "I didn't realize it was illegal") should be judged in context. Persons seeking a pardon on grounds of innocence or miscarriage of justice bear a formidable burden of persuasion».

COZART, «The Benefits of Executive Clemency», en *Federal Probation*, núm. 32, 1968, p. 34, sobre el título 28 del Code of Federal Regulations; HAASE, «"Oh my darling clemency"», p. 1294. Factor que WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 55-56, bautiza como «Gnadenwürdigkeit». Este término ya había sido empleado a principios del siglo XX por GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, p. 49 y antes que por WIONTZEK, por MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 68–; y BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 182-183.

¹²²¹ Sin perjuicio de la facultad del Ministerio Público para promover el indulto ex art. 20 LI, conforme a los dictados de la Instrucción 4/1986, de 16 de diciembre, que ordena iniciar dicho expediente si tras girar visita al establecimiento penitenciario considera que un penado es merecedor de la gracia de indulto.

¹²²² STC de 2 de noviembre de 2015 y de 16 de septiembre de 2002.

¹²²³ En la Exposición de Motivos que introducía el RD de 3 de junio de 1901 (Gaceta de Madrid núm. 158, de 7 de junio de 1901) se subraya: «No cabe dar al cuarto período del sistema progresivo la extensión que tiene en otras naciones, por oponerse a ello los preceptos del Código penal; y hasta tanto que éstos se reformen en armonía con los progresos de la ciencia, o se establezca legalmente la libertad condicional, se procura en el presente proyecto aproximarse lo más posible a esta gracia, facultando a los funcionarios de cada Establecimiento para que cursen propuestas de indulto a favor de los reclusos que en tal período se hallen y les den el tratamiento más adecuado al tránsito de la vida de reclusión a la libre».

como beneficio penitenciario representaba el cuarto grado al que un preso podía aspirar acceder y expresamente el art. 8 de aquel Real Decreto, advertía: «*El cuarto período, o de gracias y recompensas, se establece en equivalencia al de libertad condicional que existe en otros países, y regirá hasta tanto que se promulgue una ley que la conceda. (...) Los individuos comprendidos en el cuarto período que hayan observado intachable conducta y dado muestras de arrepentimiento, serán propuestos para indulto. Las propuestas las hará el Jefe de la Prisión después de acordadas por el Tribunal de disciplina de que trata el art. 19*». Como señala acertadamente SANZ DELGADO, «*el indulto va a servir, a partir de entonces, como instrumento complementario del régimen progresivo de cumplimiento de condenas a falta de otro medio legal*»¹²²⁴.

Como recoge CADALSO, en el seno del Congreso penitenciario internacional celebrado entre el 15 y 26 de agosto de 1878 en la ciudad de Estocolmo, se concluyó, con gran consenso, que: «*La libertad condicional, que no es contraria a los principios de derecho penal ni ataca a la autoridad de la cosa juzgada, presenta tales ventajas para la sociedad y para los penados, que debe recomendarse a la solicitud de los Gobiernos*»¹²²⁵. Por tanto, según dicho autor, una vez implantada la libertad condicional en España y obteniéndose de ella positivos resultados, los indultos –salvo en especialísimos casos– no tenían ya razón de ser y resultaban perturbadores¹²²⁶.

Sin embargo, a pesar de dicha advertencia, introducido en nuestro sistema el régimen legal de la libertad condicional definitivamente en virtud de la Ley de 23 de julio de 1914¹²²⁷, con reflejo ya en el Código Penal de 1928¹²²⁸, e incorporado como beneficio penitenciario el

¹²²⁴ SANZ DELGADO, *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, p. 84; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 438, acepta, con resignación, acudir a la figura del indulto, por el estado de nuestra legislación: «*Y si desgraciadamente nuestras costumbres, todavía en este punto sumamente atrasadas, no permiten que esto se convierta, como en otros países, en regla general y ordinaria y de aplicación por los Tribunales, por las juntas de cárceles, etc., al menos parece conveniente que se llene este vacío, aunque sea de un modo imperfecto, por la gracia del Príncipe*».

¹²²⁵ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 7.

¹²²⁶ CADALSO, *ibid.*, p. 269.

CID/TÉBAR, «Spain», pp. 362-363, apuntan a que la introducción de la libertad condicional respondería al movimiento de asunción de mecanismos más sofisticados que el indulto para liberar anticipadamente surgido en el último cuarto del siglo XVIII y principios del siglo XX.

¹²²⁷ Ley de 23 de julio de 1914 (Gaceta de Madrid núm. 211, de 30 de julio de 1914), estableciendo la libertad condicional para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad que se encuentren en el cuarto periodo de condena, que hayan extinguido las tres cuartas partes de esta y que sean acreedores a dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta y ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad. Su aprobación fue posible tras diversos intentos de acogida del régimen de libertad condicional, sintetizados en la tesis doctoral de TÉBAR VILCHES, *El modelo de libertad condicional español*, Universidad Autónoma de Barcelona, octubre 2004, pp. 22-30.

¹²²⁸ Art. 174 del Real decreto-ley aprobando el proyecto de Código Penal de 1928 (Gaceta de Madrid núm. 257, de 13 de septiembre de 1928). Ya en su Exposición de motivos, conforme al tenor de dicho precepto, se resalta el adelantamiento de la libertad condicional para los penados, «*cuando se distingan por actos extraordinarios que demuestren su arrepentimiento y firmes propósitos de ser buenos ciudadanos, que hayan aumentado su cultura con propósitos honrados, que hayan ejecutado trabajos de mérito notorio o que, en momentos peligrosos, hayan ayudado a la Autoridad o a los funcionarios del establecimiento penal, o en tales ocasiones hayan realizado actos de abnegación y sacrificio*». Desarrollado por el RD de 24 de diciembre de 1928 (Gaceta de Madrid núm. 366, de 31 de diciembre de 1928), aprobando el Reglamento, que se inserta, para la aplicación del Código penal en los servicios de prisiones, en vigor desde el 1 de enero de 1929. Su art. 24 preveía el cuarto período como el consistente en la libertad condicional, regulada en los arts. 28 a 50 entre los que destaca lo dispuesto en el art. 36 en el que se regulaba la posibilidad de la aplicación anticipada: «Los

adelantamiento de la concesión de aquélla libertad (art. 205 RP)¹²²⁹, el mantenimiento de la figura del indulto parece estrictamente justificado por inercia histórica¹²³⁰.

Cuestión distinta, que excede del ámbito de nuestro estudio, es la discusión planteada por CID y TÉBAR sobre la posibilidad de potenciar y extender el empleo efectivo de la libertad condicional en nuestro sistema¹²³¹.

Ha de añadirse que no es inhabitual que parte de aquellos que defienden el indulto también como una institución de Derecho premial apunten a que es oportuno comprender en dicho examen, para alcanzar una solución justa¹²³², no solo la «*recompensa para la abnegación rehabilitadora acreditada durante el cumplimiento de las condenas*» sino también aquellos méritos o virtudes que el condenado hubiera mostrado con anterioridad a la imposición de la condena¹²³³ como fundamento o motivo bastante para su concesión¹²³⁴, o aquellos otros

penados que durante la extinción de sus condenas de prisión o reclusión no se limiten al cumplimiento de sus deberes y a la observancia de la disciplina, sino que se distingan excepcionalmente por actos extraordinarios, con arreglo a la enumeración que se determina, podrán ser favorecidos con la concesión de bonos de cumplimiento de condena, cuyo tiempo se asume al de extinción de ésta, para adelantarles el disfrute de la libertad condicional». En este Real Decreto no se elimina la figura del indulto, si bien no se contempla regulada como beneficio penitenciario paralelo a la libertad condicional, sino que se efectúa una mera alusión al régimen general de la figura (arts. 39, 96.10ª y 109).

¹²²⁹ Desde el art. 36 del RD de 24 de diciembre de 1928 (Gaceta de Madrid núm. 366, de 31 de diciembre de 1928), aprobando el Reglamento, que se inserta, para la aplicación del Código penal en los servicios de prisiones, aunque sin continuidad histórica.

Cfr. RENART GARCÍA, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico (adaptada a la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003, p. 196: «no mantuvo una continuidad legislativa por cuanto que ni en los Códigos de 1932, 1944, 1973, ni en los Reglamentos de Servicios de Presidios y Prisiones de 5 de marzo de 1948 y 2 de febrero de 1956, se hace referencia alguna al mismo. Habría que esperar hasta la aprobación del RP de 1981 para reencontrar este beneficio penitenciario en su art. 256».

¹²³⁰ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 15, lo ilustra con la referencia al RD de 5 de mayo de 1913.

¹²³¹ CID/TÉBAR, «Spain», pp. 386-388; SOLAR CALVO, «La libertad condicional antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP núm. 5 de Madrid de 3 de noviembre de 2016», en *Diario La Ley*, núm. 8873, 29 de noviembre de 2016, pp. 2-6.

¹²³² CAMPBELL, *La justicia, Los principales debates contemporáneos*, pp. 17, 155-156, 165, acerca de la posibilidad de asociar a la justicia no ya con la toma de decisiones conforme a principios generales, sino conforme a «*cuidadas consideraciones de los “méritos” de cada caso en particular*» para conseguir que la gente obtenga «*lo que merece*», dada «*la conexión interna entre justicia y mérito*» que solía ser mencionada como parte del concepto mismo de justicia como un componente central. Sin embargo, CAMPBELL advierte que para algunas posiciones el mérito solo se reputa como un criterio más de entre otros rivales, llegando incluso, en ocasiones, a ser excluido del listado de consideraciones relevantes para la justicia. Citando a SADURSKI, CAMPBELL reflexiona sobre las estrechas vinculaciones de «*mérito*» y «*moral personal*», lo que plantea insuperables dificultades teóricas y prácticas de medición no solo respecto de la cualificación de una conducta como meritoria, sino también de la necesidad de inclusión del funcionamiento interno de mentes y emociones, lo que implicaría un análisis dependiente del conocimiento de intenciones.

¹²³³ CANALEJAS Y MÉNDEZ, *Discurso ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Sesión inaugural de 1904-905 celebrada el 28 de marzo de 1905*, Imprenta Hijos de M.G. Hernández, Madrid, 1905, pp. 49, 127, notas 64 y 65, sobre el Derecho premial: «*Pero la atribución de premiar conferida al mismo Poder judicial que castiga no se ha intentado aún, si bien no faltó quien ya hace años quisiera llevar a la esfera de los tribunales la recompensa de la virtud anterior al delito, aplazando ó eximiendo de cumplir la pena impuesta por la primera sentencia, y la recompensa para la abnegación rehabilitadora acreditada durante el cumplimiento de las condenas. Alborea la constitución de ese derecho premial discernido por los Tribunales para los actos de salvamento, de abnegación, de beneficencia, de especial probidad. Esta obra de justicia distributiva, de derecho compensador, constituiría “la consolidación del reconocimiento colectivo y una de las más acertadas medidas de profilaxis social” [cita a RAOUL de la GRASSERIE, nota 65]*». En la nota 64 parece favorable a proyectar el mecanismo premial a través de la libertad condicional, con cita en legislación de otros

acontecimientos que, aun siendo totalmente extraños y ajenos a la conducta delictiva cometida por la que habría de ser condenado, supongan «*actos de sacrificio o puesta en riesgo personal grave para ayudar a otros*»¹²³⁵.

Como ejemplo de otorgamiento de indulto por conducta meritoria o para recompensar virtudes del condenado aparece TURING, científico de la computación y criptógrafo. Aunque el texto firmado por la Reina Elisabeth II no expresa las especiales circunstancias que conllevaron al dictado del indulto el 24 de diciembre de 2013 (exclusivamente consigna su condena el 31 de marzo de 1952 por «*gross indecency*»), la justificación dada por la Secretaría de Justicia refería: «*Dr. Turing deserves to be remembered and recognised for his fantastic contribution to the war effort and his legacy to science. A pardon from the Queen is a fitting tribute to an exceptional man*»¹²³⁶.

Del mismo modo se plantea la solicitud de indulto póstumo –que no fue concedido por el presidente Obama antes de dejar la Casa Blanca¹²³⁷– para JOHNSON, boxeador que fue condenado en 1913 bajo la Ley Mann por transportar entre Estados a una mujer caucásica y que representó, como deportista, un ejemplo de la igualdad racial.

Adviértase que con el planteamiento (y concesión en el caso de TURING) de sendos indultos, no solo se pretende efectuar un reconocimiento público de las dos figuras (destacadas en el campo de la computación y del deporte) sino declarar la injusticia de sus condenas, derivadas de una normativa homófoba y racista respectivamente. En estos supuestos, el indulto póstumo¹²³⁸ (como algunas de las recompensas contempladas en las religiones, trasladadas a «*la otra vida*»¹²³⁹) encierra un alto grado de simbolismo¹²⁴⁰,

ordenamientos jurídicos. Sin embargo, como apunta YÁÑEZ ROMÁN, «La condena condicional en España. Apuntes para su historia», en Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 25, núm. 2, 1972, pp. 316-317, la cita que realiza a su discurso en la solemne apertura de los tribunales celebrada el 16 de septiembre de 1889 no se refería a la condena o libertad condicional sino a la gracia para: «*reivindicar la verdadera finalidad correctiva y moralizadora de la gracia, que no ha de buscar en datos extraños al delincuente la justificación del beneficio a éste otorgado*». Con ello, apunta YÁÑEZ ROMÁN, se defendía la posibilidad de condicionar la eficacia del indulto y la introducción por vía de ensayo de la libertad condicionada.

¹²³⁴ El argumento del mérito fue también ensayado en la solicitud de indulto que fue informada desfavorablemente en virtud del Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 25 de febrero de 2014 (causa especial 20.716/2009), concluyendo que la intervención en asuntos de mayor importancia «*no atribuye una posición de ventaja frente a una condena penal*».

¹²³⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», p. 699, § 6602. También DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 345.

¹²³⁶ <https://www.gov.uk/government/news/royal-pardon-for-ww2-code-breaker-dr-alan-turing>, consultado el 28 de marzo de 2016.

¹²³⁷ El 1 de marzo de 2017 se publicó el registro ante el Senado estadounidense de la solicitud de indulto póstumo por parte de los senadores McCain y Brooker, quienes lo justificaron: «*for the racially motivated conviction in 1913 that diminished the athletic, cultural, and historic significance of Jack Johnson and unduly tarnished his reputation*» (<https://www.mccain.senate.gov/public/index.cfm/2017/3/mccain-booker-king-meeks-reintroduce-resolution-calling-for-posthumous-pardon-for-boxing-legend-jack-johnson>, última consulta el 29 de marzo de 2017). En paralelo, con fecha de 2 de marzo de 2017, se registró una resolución en la Casa de Cámara de Representantes de Estados Unidos formulada por los congresistas Meeks y King, urgiendo la concesión de dicho indulto a título póstumo (<http://meeks.house.gov/press-release/meeks-king-booker-and-mccain-reintroduce-resolution-calling-posthumous-pardon-boxing>, última consulta el 29 de marzo de 2017).

¹²³⁸ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 88-89; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 66-67.

¹²³⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, pp. 12-26.

¹²⁴⁰ NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 93-98, sobre la práctica de los indultos póstumos.

similar a los reconocimientos póstumos identificados por CAMPAGNA en el ámbito de la figura de las víctimas, ya fallecidas¹²⁴¹.

Una aproximación histórica respecto de este particular demuestra que para el otorgamiento del perdón podía teóricamente requerirse la concurrencia en el reo de alguna causa que hiciera meritoria la concesión del indulto¹²⁴², en consideración de servicios prestados¹²⁴³ (su nobleza u honradez¹²⁴⁴, que hubiera acometido una proeza marcial, su integridad en el pasado¹²⁴⁵, su maestría en alguna ciencia o arte¹²⁴⁶, poseer alguna habilidad extraordinaria¹²⁴⁷ o cualquier razón análoga aunque no tuviera relación con el hecho típico¹²⁴⁸); si bien en la práctica, dada también a abusos y correspondiente descrédito¹²⁴⁹, su concesión podía concretarse sin que concurriese ninguna de estas circunstancias¹²⁵⁰.

Como apuntaran PACHECO y VON PUFENDORF, el autor de un hecho delictivo podía haber prestado «*tales servicios al Estado, que no solo le hagan acreedor a una rebaja en las penas que merecería sufrir, sino que aun rigurosamente puede llegar al punto en que le sea debida una gran recompensa*»¹²⁵¹.

Respecto de esta reflexión solo se recordará que el Derecho penal actual se configura, en términos generales, como un Derecho penal del hecho. Por tanto, y al margen del principio individualizador reconocido por la legislación penitenciaria, solo se tendrán en cuenta las circunstancias personales del sujeto que afecten al hecho delictivo cometido (art. 66. 1. 6ª CP) y a su enjuiciamiento, sin que puedan entrar en consideración otras connotaciones o

¹²⁴¹ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 93.

¹²⁴² Ya la Séptima Partida de Alfonso X, Título 32, Ley 3, al definir la merced, distinguiéndola de la misericordia y la gracia, definía: «[la merced] es perdón que el rey hace a otro por merecimiento de servicio que le hizo aquel a quien perdona o aquellos de quienes descendió, y es como manera de galardón».

¹²⁴³ BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, p. 16, sobre las fuentes de las recompensas, las excepciones, apunta: «*L'exemption d'une peine déjà encourue est un pardon: les pardons ont été quelquefois accordés par manière de récompense, c'est-à-dire, en considération de services rendus. De tels actes de faveur ne peuvent pas être prévus par la loi; ils sont l'effet du pouvoir discrétionnel laissé au souverain*».

¹²⁴⁴ VILLAR y GARCÍA, *La conveniencia civil y política del indulto, como regalía de la corona*, p. 12.

¹²⁴⁵ Art. 164. Segundo del Código Penal de 1822: «*cuando el reo haya hecho anteriormente servicios importantes al Estado, junto con la buena conducta observada antes del delito*».

¹²⁴⁶ Art. 164. Tercero del Código Penal de 1822: «*cuando con la misma circunstancia de buena conducta anterior tenga el reo alguna habilidad, destreza, instrucción u otro mérito extraordinario en alguna ciencia, arte, industria ú oficio útil*». Ello conllevó, por ejemplo, el otorgamiento del indulto al bailarín predilecto de Franco en virtud de RD 1193/1974, de 18 de abril (BOE núm. 105, de 2 de mayo de 1974), condenado por un delito de blasfemia el 7 de septiembre de 1973. El anterior 18 de julio de 1972 había recibido la medalla de oro al mérito turístico por las circunstancias que concurrían en su persona (BOE núm. 171, de 18 de julio de 1972).

¹²⁴⁷ VON PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, p. 193.

¹²⁴⁸ WALKER, «The quiddity of mercy», p. 34, justificación núm. 18.

¹²⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, pp. 38-39, 54-55.

¹²⁵⁰ TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», p. 482.

¹²⁵¹ PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 275. En el mismo sentido, BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 17, 197-198, quien justifica el indulto también cuando el reo hubiere efectuado «*grandes actos realizados en bien de la patria ó de la humanidad*» o por «*servicios importantes ó las buenas acciones que el penado lleve á cabo*».

En este mismo sentido, incluyendo el análisis de las buenas conductas de allegados, VON PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, pp. 193-194.

consideraciones laudables que no guarden relación con él¹²⁵². La confesión y la reparación del daño son excluidas de esta excepción, al tratarse de circunstancias conectadas necesariamente al hecho¹²⁵³.

Las situaciones meritorias o virtuosas que afecten al sujeto, impropias del hecho típico cometido, no deben, por consiguiente, ser sometidas a valoración en sede penal asumiendo una concepción de *retribución* –en el sentido de compensación abstracta, no como expresión de las teorías absolutas de justificación de la pena–¹²⁵⁴.

Como destacó JIMÉNEZ DE ASÚA, acertadamente crítico con los postulados de LA GRASSERIE, quien hubiera realizado una acción heroica, no puede «almacenarla, por decirlo así, y en lugar de recompensa, o además de ella, adquirir un derecho de inmunidad para el caso en que cometiera un delito o hasta un crimen» dado que ello sería equivalente no a la creación de «una excusa legal, bien absolutoria, bien atenuante, en caso de infracción ulterior, según reglas de compensación» sino, en todo caso y más bien, se podría defender: «la concurrencia de una agravante: la premeditación»¹²⁵⁵ si el autor se hubiera permitido cometer el acto delictivo sabiendo que contaba con un «saldo a su favor» por los previos méritos acumulados.

Ilustrándolo con un ejemplo: Si el lunes un sujeto comete un delito contra la libertad e indemnidad sexual y el martes consigue salvar a un menor de ser arrollado en unas vías de tren, lanzándose a ellas arriesgando su vida, ninguna virtualidad podrá otorgar a dicha conducta supererogatoria el Juez encargado del enjuiciamiento de aquel ilícito penal cometido al comenzar la semana. El delito contra la libertad e indemnidad sexual y la salvación del menor deben colocarse en *compartimentos estancos*. Dicha conclusión se mantiene, aunque el menor salvado fuera hijo de la víctima del delito cometido, aunque fuera dicha propia víctima la que resulta ser rescatada o aunque la salvación se hubiera producido el domingo, antes de cometido el delito.

La oposición que aquí se sostiene a dotar de relevancia a las conductas meritorias ajenas al hecho, no implica negarles cualquier virtualidad; pudiendo ser, en su caso, reconducibles a las instituciones propias del Derecho premial, a actos de reconocimiento público, con la oportuna publicidad¹²⁵⁶, de aquellos méritos que pretenden ser resaltados y agradecidos¹²⁵⁷.

¹²⁵² BONDI, «Vietato vietare», en CECCHINI (Coord.), «...ma libera veramente» RADIO TALPA '77-'84 *Storia di una generazione*, Ed. La Piazza, Villa Verucchio, 2014, p. 274, sobre la superación de teorías: «*Interessat[e] all' autore più che al fatto, al ladro più che al furto*». En contra, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 27-30, 45, a favor de reconocerles virtualidad a través del perdón judicial.

¹²⁵³ Razón por la cual el Derecho premial actual proyectado en la legislación procesal está conectado necesariamente con los presuntos hechos sobre los que instruye el proceso penal. Así, los mecanismos de recompensa que se contemplan para los denominados arrepentidos o para quienes cooperan con la justicia, el régimen premial de las conformidades o la figura del *patteggiamento* en Italia, vinculados normalmente a formas de criminalidad organizada, mafia o terrorismo. ABOSO, *El arrepentido en el Derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 1-3, 165, advierte de la extensión de su empleo dentro de las formas de criminalidad organizada estructurada y compleja (tráfico de estupefacientes, terrorismo, corrupción, tráfico sexual o pornografía).

¹²⁵⁴ En el mismo sentido, desde postulados de la teoría absoluta de la pena, MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 204-205: «*To reward an offender with a pardon brings about the injustice of punishing a person less than he deserves and the comparative injustice of punishing two similar offenders differently, both violations of retributivist principles of justice*» (p. 204).

¹²⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, pp. 70-72.

¹²⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *ibid.*, pp. 44, 52.

Además, el otorgamiento de un indulto –como en los supuestos del concedido a TURING o el solicitado para JOHNSON, antes mencionados– ni supone la exteriorización de una declaración de reconocimiento del rasgo homófobo o racista de la ley en virtud de la que se condenó al sujeto destacado por su hazaña¹²⁵⁸; ni se revisa en modo alguno la declaración de culpabilidad que, respecto de él, supone el dictado de la sentencia condenatoria indultada.

Este argumento es el empleado por el escritor y activista MONTAGUE, beneficiado por el indulto decretado en Reino Unido en virtud de los arts. 164 a 172 de la Policing and Crime Act 2017, aprobada el 31 de enero de 2017. Tras su aprobación, se calculó que más de 65.000 personas (de las que aún vivirían 15.000) serían indultadas¹²⁵⁹, tras haber sido condenadas por mantener conductas obscenas entre hombres, cuando ello aún estaba penalizado en aquel país. Como destaca MONTAGUE, el perdón (en la medida en que deja inalterada la sentencia) no es un instrumento adecuado para afrontar aquella legislación homófoba, considerando más adecuada la emisión de una disculpa oficial¹²⁶⁰.

El acto de reconocimiento de una eventual proeza (en ocasiones acompañada de una potencial injusticia engarzada con la caracterización de la legislación pasada) y la declaración de que el sujeto es responsable por un hecho delictivo cometido han de situarse necesariamente en planos distintos, geoméricamente exteriores entre sí y respecto de los cuales no puede predicarse interferencia alguna.

Descartada la adecuación del perdón para el reconocimiento de méritos y virtudes, tampoco parece convincente que sea la institución del indulto, que no anuda un derecho, sino que se constituye como figura de aplicación rogada y discrecional, la que deba responder al análisis positivo de la conducta postdelictiva del condenado. La razón fundamental es que carece de seguridad y determinación y, al tiempo que puede suponer esperanza para el sentenciado, incentivándolo para mantener un comportamiento ejemplar, lo es de desaliento y frustración si finalmente no le es otorgado en atención a pautas discrecionales¹²⁶¹, creándose un efecto perjudicial de «rebajamiento relativo» para aquellos a los que no se concede¹²⁶².

¹²⁵⁷ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 204-205: «*Punishment is not just any suffering; punishment is suffering imposed by the state in response to a crime. Society should do its best to pay its debt to the soldiers who were injured in the war (certainly, far more than society has done, which is scandalously little), but pardon is not the appropriate currency*» (p. 205).

¹²⁵⁸ Como la Ley de Mann aprobada el 25 de junio de 1910 en los Estados Unidos de América o la Section 11 de la Criminal Law Amendment Act 1885, conocida comúnmente como el *Labouchere Amendment*, aprobada el 7 de agosto de 1885.

¹²⁵⁹ La aprobación de dicha norma venía a relacionarse con el indulto otorgado a Turing el 24 de diciembre de 2013 (<http://www.reuters.com/article/us-britain-gays-pardon-idUSKCN12K1BB>, última consulta el 5 de marzo de 2017).

¹²⁶⁰ En la entrevista concedida por MONTAGUE para la BBC el 20 de octubre de 2016, antes de que la Policing and Crime Act 2017 fuera sancionada, asevera: «*To accept a pardon means you accept that you are guilty. I was not guilty of anything. I was only guilty of being in the wrong place at the wrong time*» (<http://www.bbc.com/news/uk-37713078>, consultado el 20 de octubre de 2016).

¹²⁶¹ BODES TORRES, Jefe del Departamento Independiente de Asuntos Penales del Ministerio de Justicia de Cuba, en reunión de 12 de septiembre de 2016.

¹²⁶² BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, tomo 2, pp. 34-35: «*Tout honneur suppose une préeminence. Entre des individus places sur une ligne d'égalité, on ne peut favoriser les uns par un degré d'élévation, qu'en faisant souffrir les autres par un abaissement relatif*».

Por ello, no se juzga concluyente que la figura del indulto sea la que deba prestarse a cumplir con esta finalidad «esperanzadora»¹²⁶³, de resocialización o rehabilitación¹²⁶⁴ en atención a la dignidad humana que se anuda intrínsecamente a la aplicación de toda pena que haya de ser aplicada al sujeto y toda vez que el art. 25. 2 CE prevé que todas las penas deban estar dirigidas a la resocialización¹²⁶⁵. Partiendo de un sistema de penas constitucional, todas las condenas deben comprender y contemplar dicha función esperanzadora y atender a una promoción de una adecuada vida futura del reo en el exterior. El carácter moralista y expiatorio que incidiría en la reforma moral del condenado sobre el que se asienta la concesión del indulto como mecanismo incentivador que promueve tal reforma, debe ser superado, por contradecir derechos fundamentales y principios penitenciarios, a favor de la perspectiva para la cual la valoración del comportamiento del condenado es un elemento indiciario de evolución positiva para su futura vida en el exterior¹²⁶⁶. Se trata de asumir una visión a futuro y no íntegramente retrospectiva.

Adicionalmente, debe subrayarse en este punto que no se discute que la buena conducta del penado –que supera al arcaico llamamiento al arrepentimiento¹²⁶⁷, al que aún sin embargo alude la LI (art. 25)¹²⁶⁸, o al remordimiento¹²⁶⁹– deba ser tomada en consideración para poder

¹²⁶³ BORGES, *Ficciones*, Revista Sur, Buenos Aires, 1941 en Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1971, 11ª reimpr., p. 72: «Esas “loterías” fracasaron. Su virtud moral era nula. No se dirigían a todas las facultades del hombre: únicamente a su esperanza».

¹²⁶⁴ MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 79, 142 ss.

¹²⁶⁵ Cfr. GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 237-239, para quien, dada la relevancia del art. 25. 2 CE, «no parece fuera de lugar defender que el art. 25. 2 CE juega como un elemento que debe impregnar toda la actuación del Ejecutivo en materia de gracia. Dicho de otro modo, la rehabilitación y reinserción del condenado debiera erigirse como condición cuasi imprescindible sobre la que transitará la concreta decisión del Gobierno a la hora de conceder la gracia» (p. 238).

¹²⁶⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, «La libertad condicional y los beneficios penitenciarios», p. 240.

¹²⁶⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 277, 280-281, defiende, sin embargo, acudir a la figura del indulto como último recurso, considerando positivamente la concurrencia de un reconocimiento de la propia culpabilidad por parte del delincuente que conlleva la expiación mínima necesaria para el perdón, que no puede valorarse desde parámetros conmutativos de la justicia. En ese mismo sentido, se pronuncia JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 18-19, 44, 56, 163, 170, 201-202, para apuntar sobre el arrepentimiento: «Lo que opera en el arrepentimiento es la sinceridad del lamento y el ardor intensivo de la resolución. El arrepentimiento es redentor porque es, ante todo, una voluntad activa de redención» (p. 56); «El absurdo perdón del pecado es un reto a la lógica penal» (p. 170).

ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 29, 72-73 sobre el valor dado al arrepentimiento por los tribunales, «para no aplicar en la primera falta penas irremediables» (p. 29).

¹²⁶⁸ Acertadamente crítico con ello, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», pp. 24-25.

Toda vez que dicho término es indebidamente mantenido en la literalidad de la LI para valorar las solicitudes de indulto, también es analizado en aquellos informes emitidos durante la tramitación de aquella instancia. Por ejemplo, Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 25 de febrero de 2014 (causa especial 20.716/2009): «En el expediente no aparece, y tampoco le consta al Tribunal como hecho notorio, ningún signo de que el penado haya mostrado arrepentimiento, entendido como expresión del retorno voluntario al orden jurídico vulnerado con su acción delictiva, o que, siquiera, haya asumido de alguna forma reconocible la condena dictada por el Tribunal Supremo».

¹²⁶⁹ Requisito que algunos autores defienden cuando se efectúa una aproximación moral o religiosa a la figura del perdón; vid. ABECASSIS, «El acto de memoria», pp. 133-134, 141.

VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, pp. 27-28, 36-38, 64, 103-107, distingue entre arrepentimiento, remordimiento y contrición, para descartar que el arrepentimiento guarde, con respecto de la pena, una relación conmutativa, defendiendo que puede reputarse causa necesaria pero no suficiente del perdón.

lograr una anticipada libertad¹²⁷⁰; pero ello no debe dejarse al albur del indulto, ni a una eventual solicitud por parte del penado que pueda futuramente triunfar, sino a la determinación de reglas ciertas consignadas en la legislación penitenciaria¹²⁷¹ con la que se garantice una igualdad en la aplicación¹²⁷² y con las que se garantice un efectivo acceso al sistema de recursos¹²⁷³. Como afirmase LLORCA ORTEGA, deben existir mecanismos que permitan anticipar la fecha en que el penado pueda alcanzar la libertad; pero por justicia y no dejándolo al ejercicio de la gracia¹²⁷⁴; y no porque se (de)muestre arrepentido¹²⁷⁵, sino porque esté preparado para retornar a una vida libre en sociedad¹²⁷⁶.

La exigencia de arrepentimiento del condenado, vinculado al perdón privado en la antigüedad¹²⁷⁷, no ha sido excluida aún como circunstancia a valorar actualmente cuando se tramita una decisión de indulto¹²⁷⁸. En Alemania es una de las tres cuestiones que *de facto* se valora al considerar una solicitud de perdón presidencial. Además de que se constate una especial necesidad de indulto analizando las circunstancias personales del condenado tras el dictado de la sentencia¹²⁷⁹ y de que se cumpla efectivamente un periodo equivalente a dos tercios de la pena impuesta en la sentencia firme —a los fines de demostrar respeto por el poder judicial y la resolución dictada¹²⁸⁰—, se incorpora como condición *sine qua non* para la concesión el hecho de que el condenado se arrepienta¹²⁸¹. Por no colmar esta última exigencia es por lo que el 7 de mayo de 2007, el Presidente de la República Federal de Alemania, Köhler, no concedió el indulto solicitado a C.K., quien

TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, p. 30, señalan una idea esencial, que subyace en aquellas teorías que lo exigen: «cuando el perpetrador expresa remordimiento y ofrece una suerte de reparación o indemnización. Tú sientes entonces como si se te retribuyera de algún modo».

¹²⁷⁰ CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 214, 266, defendía que, para los indultos promovidos por el Tribunal, que considera actos de justicia, deviene innecesario un informe sobre la conducta del penado; BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just deserts, A Republican Theory of Criminal Justice*, Ed. Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1998, reeimp., pp. 131-132.

¹²⁷¹ Cfr. ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 50-64 (especialmente, pp. 54-56), 109-110, 199-200.

¹²⁷² JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 923: «Als Mittel zur Verbesserung der Resozialisierungschancen des einzelnen Straftäters eignet sich das Gnadenrecht dagegen weniger, da sich bei dieser Zweckrichtung unabweisbar die Frage der Gleichbehandlung stellt».

¹²⁷³ SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 77.

¹²⁷⁴ LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 18.

¹²⁷⁵ Sobre la imposibilidad de comprobar el arrepentimiento, ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», p. 66.

¹²⁷⁶ LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 83-84, 112.

¹²⁷⁷ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 34.

¹²⁷⁸ PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», pp. 103-104, 109: «der Gesuchsteller Reue und Einsicht in sein früheres Fehlverhalten zeigt und seine Tat bedauert. (...) Es spielt hierbei eine große Rolle, ob sich der Gesuchsteller mit seiner Tat auseinandergesetzt hat und seine Überlegungen hierzu mitteilt» (p. 109).

¹²⁷⁹ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 69.

¹²⁸⁰ HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», pp. 418-419, en el mismo sentido, sobre las pautas seguidas en Austria.

¹²⁸¹ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 210-211, aunque lo referencia al perdón de la víctima, extrapolable: «primera condición sin la cual el perdón carecería de sentido. Esta condición elemental es el desamparo y el insomnio y la derelicción del culpable; y aunque no corresponda al perdonador plantear esta condición, esta condición no obstante representa aquello sin lo cual la problemática completa del perdón resulta una simple payasada. Cada uno con lo suyo: el criminal con el remordimiento desesperado, su víctima con el perdón. (...) El arrepentimiento del criminal, y sobre todo su remordimiento, es lo único que da sentido al perdón, del mismo modo que la desesperación es lo único que da sentido a la gracia. (...) El perdón no se destina a las buenas conciencias satisfechas ni a los culpables irrepenidos que duermen bien y digieren bien».

había sido miembro del grupo terrorista Fracción del Ejército Rojo¹²⁸². La relevancia del arrepentimiento también se traslada a la práctica del indulto en aquel país respecto de las solicitudes que son competencia de los estados federados (§ 452 StPO). Por ejemplo, al emitir el preceptivo informe por el establecimiento penitenciario indicando las circunstancias concretas que podrían conducir a una eventual concesión de un indulto (ex § 10. 2 de la Gnadordnung de Berlín) se llega a emplear el arrepentimiento como sinónimo del análisis que el condenado efectúe del hecho cometido (*ihre Auseinandersetzung mit der Tat*) y, por consiguiente, como un elemento que en la práctica es considerado cuando se informa una solicitud de indulto¹²⁸³.

Si ello se predica con carácter general, mención especial merece el indulto como beneficio penitenciario en este punto. Al no configurarse como un derecho subjetivo del condenado, se aparta del régimen común de los beneficios penitenciarios¹²⁸⁴ y, al no existir garantías de su concesión –a pesar del canon de motivación reforzada que lo ampara, en tanto beneficio penitenciario por afectación del valor superior de la libertad en la primera fase de tramitación del expediente¹²⁸⁵– tampoco asegura que se evite, con potencial menoscabo para su dignidad, causar el efecto contrario al que apriorísticamente se orienta: el desaliento de aquél que lo hubiera pretendido pero no lo obtiene¹²⁸⁶.

Es justamente esta la razón que llevó al Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 21 de junio de 1977¹²⁸⁷ a rechazar que la necesidad de que al condenado a prisión permanente se le ofreciera una esperanza de alcanzar la libertad antes de su muerte –para respetar su dignidad¹²⁸⁸ y el Estado de Derecho– pudiera ser cubierta exclusivamente con la figura del indulto. Se afirma en dicha resolución que el indulto es

¹²⁸² PIEPER, Director del Referat sobre Verfassung und Recht, Justitiariat del Bundespräsidialamt desde 2006, en reunión celebrada el 13 de junio de 2016.

¹²⁸³ SONNEN, encargado de emisión de informes sobre solicitudes de indulto en el centro penitenciario de Plötzensee desde 2011, en reunión celebrada el 18 de marzo de 2016. Vid. nota al pie 1277.

¹²⁸⁴ SANZ DELGADO, *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, p. 92.

Matiza, LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 84-87, 155: «Pese a su denominación –indulto penitenciario– no constituye una concesión graciosa de la Administración, sino más bien un auténtico derecho subjetivo del interno, aunque condicionado a la concurrencia de unos presupuestos o requisitos impuestos por la normativa penitenciaria. Ello significa que cuando el interno estime que en él concurren dichos presupuestos, podrá acudir por vía de queja o de simple petición, al Juez de Vigilancia no para que le conceda el beneficio sino para que proceda a la apertura del procedimiento al efecto con el fin de constatar si concurren o no los presupuestos aludidos. Hasta aquí el derecho subjetivo del interno» (p. 85). Sin embargo, NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», p. 242, lo reconoce como un derecho subjetivo del interno; BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», pp. 45-46, llega a considerar los beneficios penitenciarios (sin diferenciar para el indulto penitenciario) como derechos fundamentales del condenado.

¹²⁸⁵ STC de 2 de noviembre de 2015.

¹²⁸⁶ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 55-56, 117-118: «El derecho de gracia que se pide y se defiende como un medio de estimular a la enmienda y de perseverar en ella, de hecho, desalienta los buenos propósitos. (...) Nadie que tenga experiencia de estas cosas podrá negar que el elemento indulto es perturbador del buen orden de las prisiones, y el derecho de gracia obstáculo, en vez de ser auxiliar, de la enmienda» (pp. 55-56).

¹²⁸⁷ Vid. STC alemán de 21 de junio de 1977.

¹²⁸⁸ Sobre la relación del indulto y la dignidad humana, vid. KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 85-87.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», p. 98: «Es también el valor de la dignidad el que impone moralmente al Estado una estrategia penitenciaria que ofrezca al preso mecanismos que faciliten que su posterior vida en libertad se desarrolle al margen del delito»; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», p. 234.

una institución que obedece a la discrecionalidad y genera inseguridad de concesión (lo que daña el proceso de resocialización de los condenados). En dicho pronunciamiento el Tribunal estima necesario instaurar una regulación legal que establezca los requisitos que permitan alcanzar la liberación anticipada, para que los condenados tengan certeza de las exigencias dispuestas y los requisitos necesarios¹²⁸⁹. Dicha resolución fue el origen del § 57 a StGB, que regula la suspensión del resto de la pena en supuestos de prisión perpetua¹²⁹⁰. Como apuntara KÖHLER al respecto, debe ser posible legalmente para el condenado volver a la comunidad, puesto que inocularlo con carácter irrevocable viola su dignidad¹²⁹¹. Por ello, ANCEL, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA o LARRAURI apuntaron a la necesidad de establecer los mecanismos a través de los cuales el condenado pueda mantener la esperanza de retornar a la libertad¹²⁹². En esta dirección, recientemente MAUGERI¹²⁹³ y GONZÁLEZ COLLANTES¹²⁹⁴ han señalado que la posibilidad de revisión se impone como condición de legitimidad de la pena de cadena perpetua, evitando que pueda considerarse como pena inhumana o degradante.

La cuestión relativa a la necesidad de que la legislación doméstica establezca un régimen certero en virtud del cual un condenado a prisión perpetua conozca los criterios que le serán aplicables para obtener una expectativa de liberación anticipada y la previsión de un mecanismo efectivo que garantice la revisión de su sentencia a los efectos de permitir actualizar dicha expectativa de forma compatible con la dignidad humana y con el art. 3 CEDH, ha sido debatida ante el TEDH. En concreto, en la sentencia de la Gran Sala de 9 de julio de 2013 (Caso Vinter y otros contra Reino Unido) y en la ulterior sentencia de la sección 4ª del TEDH de 3 de febrero de 2015 (Caso Hutchinson contra Reino Unido). Si bien la última resolución parece retroceder respecto de las pautas establecidas en la STEDH de 9 de julio de 2013¹²⁹⁵, en ésta se subraya la necesidad de que el condenado a una prisión perpetua pueda contar con la esperanza y la expectativa de una liberación

¹²⁸⁹ Conclusión no trasladable a los procedimientos de extradición, en los que solo puede valorarse si la instauración del régimen de indulto en el Estado reclamante supone una oportunidad efectiva para alcanzar la libertad o no. El Tribunal Constitucional alemán concluyó que la Sección 4801 del Código Penal del Estado de California ofrece una opción discrecional pero efectiva (sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 6 de julio de 2005) pero no el art. 104. f. de la Constitución de la República de Turquía por limitar la concesión del indulto a enfermos crónicos, discapacitados o personas de avanzada edad (sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 16 de enero de 2010).

¹²⁹⁰ SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», pp. 103-104.

¹²⁹¹ KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», pp. 58-59.

¹²⁹² ANCEL, *Capital Punishment*, p. 64; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, p. 143; LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 188, 222, subraya que la estancia de prisión solo se aguanta si hay esperanza de salir de ella y deduce de ello que la cadena perpetua es una institución inhumana.

¹²⁹³ MAUGERI, A. M., «Fundamental rights in the European legal order», p. 403.

¹²⁹⁴ GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, pp. 163-167. En el mismo sentido, LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 222.

¹²⁹⁵ La STEDH, Sección 4ª, de 3 de febrero de 2015 (caso Hutchinson contra Reino Unido) concluye que no existió violación del art. 3 CEDH. Razona que, con independencia de que el Lifer Manual (capítulo 12 de la Indeterminate Sentence Manual –Compassionate release on medical grounds–) que constreñía a los presos con enfermedades terminales y a los que sufrieran incapacidades físicas aquellos elegibles para acceder a un acortamiento de su *whole life order* no fuera revisado tras la STEDH de 9 de julio de 2013, el Secretario de Estado, conforme a lo dispuesto en la Sección 30 de la Crime Sentences Act (Power to release life prisoners on compassionate grounds), valora discrecionalmente las circunstancias relevantes del caso –estimación sujeta a revisión judicial– para elucidar si concurre en el condenado circunstancias excepcionales y razones de compasión que impliquen la falta de justificación sobrevenida de la pena. Con ello, se hace residir en las autoridades nacionales la facultad de interpretar la legislación doméstica conforme al CEDH, aspecto criticado en el voto disidente de KALAYDJIEVA.

anticipada que se instrumentalice a través de una posibilidad de revisión¹²⁹⁶. Con ello, se garantizaría la dignidad humana de dichos presos¹²⁹⁷, amparada por el art. 3 CEDH. Para canalizarlo, es necesario que el condenado sepa qué debe hacer para conseguir su liberación y bajo qué condiciones, incluyendo cuándo se realizará tal revisión. Dichas condiciones de certidumbre, adicionamos acogiendo lo ya indicado en Alemania en 1977, no pueden ser cumplidas a través de la previsión de la institución del indulto. Razón por la cual se introdujo la criticada¹²⁹⁸ revisión de la pena de prisión permanente revisable y la posibilidad de suspender su ejecución (arts. 36. 1 y 92 CP), al tiempo que se introducía dicha pena en nuestro ordenamiento.

Los factores a los que aludía ARMENGOL y CORNET se han incorporado normativamente a la regulación penitenciaria que introduce un tratamiento progresivo e individual¹²⁹⁹ y modulan la ejecución de la pena en atención a las concretas circunstancias del condenado y a su individual necesidad resocializadora¹³⁰⁰. La esperanza y la consideración del comportamiento postdelictivo del condenado están previstos y contemplados en los mecanismos actuales de general aplicación del régimen penitenciario, sujetos a reglas determinadas (como se recomendó en el Congreso penitenciario internacional celebrado del 2 al 8 de octubre de 1910¹³⁰¹) por lo que resulta innecesario que dicha función sea asumida por la institución del indulto¹³⁰².

En la actualidad, el régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad para penas no superiores a dos años prevé la valoración, entre otros factores, de las circunstancias personales del penado, su conducta posterior al hecho o su esfuerzo para reparar el daño causado (arts. 80. 1 y 3 CP). El art. 80. 4 CP permite la suspensión de la ejecución para aquellos que padecen enfermedades cualificadas y el art. 80. 5 CP introduce la consideración de la valoración del comportamiento postdelictivo para aquellos que, condenados a penas no

¹²⁹⁶ STEDH, Gran Sala, 9 de julio de 2013 (caso Vinter y otros contra Reino Unido): «*There are a number of reasons why, for a life sentence to remain compatible with Article 3, there must be a prospect of release and a possibility of review*».

¹²⁹⁷ STEDH, Gran Sala, 9 de julio de 2013 (caso Vinter y otros contra Reino Unido): «*It would be incompatible with the provision on human dignity in the Basic Law for the State forcefully to deprive a person of his freedom without at least providing him with the chance to someday regain that freedom*».

¹²⁹⁸ En relación a los delitos de terrorismo, LANDA GOROSTIZA, «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 17-20, 2015, pp. 1-42: «*El proceso de revisión de la prisión permanente revisable en el caso de los delitos de terrorismo, pero también, el régimen paralelo de ejecución de las penas privativas de libertad muy prolongadas, con sus tres escalones de requisitos (periodo mínimo de cumplimiento; presupuestos de abandono, colaboración y pago de responsabilidad civil y, finalmente, consideración global de criterios de evaluación de toda índole) suponen una "camisa de fuerza", una malla reticular de acero que aprisiona al interno bloqueando de facto su eventual proceso de reinserción*» (p. 32).

¹²⁹⁹ CID/TÉBAR, «Spain», pp. 368-369.

¹³⁰⁰ La Exposición de Motivos del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario subraya: «*el nuevo Reglamento Penitenciario incorpora a su texto los avances que han ido produciéndose en el campo de la intervención y tratamiento de los internos, consolidando una concepción del tratamiento más acorde a los actuales planteamientos de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador más que en el concepto clínico del mismo*».

MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, pp. 97 ss.

¹³⁰¹ CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 7-8.

¹³⁰² Aunque luego defensor de su subsistencia, MUÑOZ SÁNCHEZ, voz «Indulto», p. 387: «*Se ha dicho, con razón, que el desarrollo de instituciones, como la libertad condicional, la rehabilitación y aquellas que facilitan el fin reformador del tratamiento penitenciario, hará que se cumpla más adecuadamente la finalidad de justicia que el indulto persigue, y que éste dejará de tener utilidad alguna*».

superiores a los cinco años, cometieron el hecho delictivo a causa de su dependencia a determinadas sustancias y se encuentren deshabitados o sometidos a tratamiento.

Adicionalmente, el Juez de Vigilancia Penitenciaria considerará la observación de una buena conducta postdelictiva del condenado al resolver, incluso de forma anticipada o de modo excepcional (art. 90. 2 *in fine* y 90. 3 CP), sobre la suspensión de la ejecución de la pena y concesión de la libertad condicional (arts. 192 a 195 RP), señalada como la gran alternativa a la figura del indulto en este punto¹³⁰³ por cuanto, anticipamos, así lo apuntaban los propios textos normativos que precedieron a su instauración en el ordenamiento jurídico interno. Especialmente ilustrativa resulta en este punto la Real Orden de 24 de diciembre de 1914, dictada después del dictado de la Ley de 23 de julio de 1914.

En la Exposición de motivos de la Real Orden de 24 de diciembre de 1914¹³⁰⁴, en virtud de la cual se disponía la procedencia de un estudio de un proyecto de reforma de la LI, se advertía, en primer lugar, los roces que ocasionaba el elevado número de instancias solicitando la concesión de indulto particular, ante el peligro de: *«que un sentido de caridad mal entendido evite la consolidación de las bases en que se apoya la reforma que implican las leyes de condena y libertad condicional con relación al reo, a saber: la esperanza de que una conducta ejemplar en el Establecimiento Penitenciario logrará el acortamiento de la pena impuesta, y el temor, una vez lograda la libertad, de volver a la Prisión si el liberto no se conduce dentro de la órbita de orden y moralidad que responden a la idea de su regeneración (...). Y si la población penal observa que el Ministerio de Gracia y Justicia en vez de estimular el nacimiento y desarrollo de tales gérmenes de regeneración, y en vez de otorgar el premio a los que llevan una vida ordenada en los Establecimientos penales, lo otorga al azar, sin más norma ni medida para conceder el indulto que el mayor o menor apremio que el respectivo valedor utilice para ello, la reforma que las Cortes acaban de aprobar estará muerta antes de implantada, y por tierra el saludable principio en que se inspiró al amparo del cual todo penado puede tener la seguridad de que, si su proceder es honrado, si su conducta es buena, no necesita buscar apoyos ni influencias, ni solicitar la redención de parte de su pena, pues la ley previsora, generosa y regeneradora viene a otorgarle la gracia a que se ha hecho acreedor»*. La propia Real Orden de 24 de diciembre de 1914, admitía la necesidad de modificar la LI, a la espera de constatar los resultados ofrecidos por las leyes de condena y libertad condicional: *«Sin duda, ante la reforma operada en nuestras leyes, con relación al castigo y rehabilitación del delincuente, sería lo más adecuado la modificación de la ley de 1870, para adaptarla a los nuevos moldes que significan la ordenación científica de la gracia de indulto, y la desaparición de un régimen de arbitrariedad y favor, pero como esta tarea no ha de emprenderse sin conocer antes los resultados que vayan ofreciendo en la práctica las nuevas leyes (...) parece lo más oportuno de momento señalar algunas reglas (...), como trámite previo, necesario para lograr la mayor parquedad en la concesión de los mismos»*.

¹³⁰³ DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, pp. 414-415, quien también respaldaba la utilidad de las sentencias indeterminadas (como variedad de liberación condicional) como remedio contra las inconveniencias de la gracia. Mismo autor, voz «Amnistía é indulto», pp. 706-707. En este sentido, vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 719.

¹³⁰⁴ Real Orden de 24 de diciembre de 1914 (Gaceta núm. 359, de 25 de diciembre de 1914), derogada por la Orden de 10 de septiembre de 1993 por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indultos.

Para la concesión de la libertad condicional genérica¹³⁰⁵ se valoran, entre otros elementos, la conducta del sentenciado durante el cumplimiento de la pena (art. 90. 1 CP); o su participación en actividades laborales, culturales u ocupacionales de la que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa (art. 90. 2 CP).

Por influencia de la reforma impulsada por CADALSO¹³⁰⁶, materializada en el RD de 3 de junio de 1901 por el que se aprobó la reforma del régimen de las prisiones destinadas al cumplimiento de condenas, en sede de ejecución de la pena, la conducta postdelictiva se tendrá en consideración no solo para la progresión en el grado de tratamiento penitenciario asignado (art. 65. 2 LOGP, 102 y 106. 2 RP), incluyendo el eventual acceso al tercer grado¹³⁰⁷ (art. 72. 5 LOGP, art. 83 RP) y el alcance de la libertad condicional¹³⁰⁸ –último de los grados penitenciarios (art. 72. 1 LOGP), tal y como promovía el propio CADALSO¹³⁰⁹–, sino que expresamente se prevé el estímulo de la buena conducta de los condenados a través de dos figuras cuyos fundamentos, criterios y finalidades últimas son distintos pero que aparecen históricamente anudadas¹³¹⁰: **(i)** las recompensas (art. 263 RP, influenciado por el art. 22 del RD de 3 de junio de 1901), a las que se podrá acceder cuando se manifieste una conducta de carácter ejemplar (art. 264 RP); y **(ii)** los beneficios penitenciarios de aplicación general (art. 46 y 76. 2 LOGP), que permitan a los condenados obtener alicientes para la reintegración y reinserción social (art. 203 RP). Los beneficios penitenciarios previstos normativamente en la actualidad se reducen al adelantamiento de la libertad condicional y al indulto particular (art. 202. 2 RP) y en ambos casos se exige la valoración de la buena conducta del penado para su concesión (art. 204 RP).

Existiendo la posibilidad de adelantamiento de la libertad condicional como incentivo para que los penados mejoren su conducta a través del acicate que supone la posible obtención anticipada de su puesta en libertad, convertida en motor de su esperanza, ningún obstáculo existe para que se pudieran reconducir las causas previstas para la solicitud del indulto particular –cuyo otorgamiento no es materialmente controlable– a causas por las que el

¹³⁰⁵ Adicionalmente, al margen del régimen de general aplicación, la suspensión de la ejecución de la pena y concesión de la libertad condicional también podrá ser otorgada bajo determinados criterios de edad y aquellos que padezcan enfermedades cualificadas (art. 91 CP, art. 196 RP). La consideración de la conducta postdelictiva del condenado tiene su reflejo también al acordarse la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable (art. 92. 1. c CP).

¹³⁰⁶ RAMOS VÁZQUEZ, *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Ed. Dykinson-Universidad de Jaén, Madrid, 2015, p. 328.

¹³⁰⁷ SOLAR CALVO, «Tercer grado penitenciario: buscando la definitiva integración social del condenado», en Diario La Ley núm. 8794, Sección Doctrina, 1 de julio de 2016, pp. 1-2, 9, defiende que la amplitud del régimen abierto permite «la adaptación del régimen a las necesidades que se detecten en el interno. Ello en consonancia con el principio de flexibilidad del art. 100. 2 RP y con otras previsiones normativas (...), de modo que sea el interno, su evolución y características, las que marquen y hagan suyo el régimen efectivamente aplicable, las salidas de las que disfrute y el modo de ejecución de la pena de prisión en que todo ello definitivamente deriva» (p. 9).

¹³⁰⁸ Esta filosofía era la que inspiraba el art. 6. 3 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, derogada por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal.

¹³⁰⁹ GARCÍA VALDÉS, «Estar mejor y salir antes», p. 42.

¹³¹⁰ GALLEGU DÍAZ, «Los beneficios penitenciarios y el tratamiento», en Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 64, núm. 1, 2011, pp. 265-266.

penado pueda obtener la libertad condicional anticipada. Si el factor que genera la esperanza, como se apuntaba, radica en la posibilidad de conseguir una salida anticipada de prisión y un adelanto en los tiempos de integración de la vida en libertad, desde el punto de vista del penado, recibir un acortamiento de internamiento o una disminución de la condena, a pesar de su diferencia dogmática, crea un efecto equivalente desde una perspectiva material¹³¹¹ sin gozar de la publicidad dada al indulto.

En consecuencia y siguiendo los dictados de las previsiones legales que ya en 1901 apuntaban a la necesaria modificación del régimen, se defiende la supresión del art. 206 RP para reconducir los motivos que en él se contemplan por la vía del adelantamiento de la libertad condicional¹³¹², incorporando un segundo apartado al art. 205 RP cuyo tenor literal pudiera ser el siguiente:

«2. Igualmente, podrá la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, proponer al Juez de Vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta. b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad. c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social»¹³¹³.

Habida cuenta de que: **(i)** el decaimiento de la justificación histórica del mantenimiento de la figura del indulto para cumplir una función esperanzadora que es efectivamente cubierta por los factores introducidos ya de forma general en el régimen penitenciario; **(ii)** la conducta meritoria o virtuosa predelictiva ha de reconducirse a través de instituciones premiales ajenas a la figura del perdón; y **(iii)** ya existen instituciones regladas, con más garantías¹³¹⁴ y de general aplicación (como el adelantamiento de la libertad condicional) que permiten la efectiva concesión de una salida de prisión anticipada con efectos equivalentes a la concesión del discrecional indulto, es por lo que se vendría a permitir rechazar el empleo del indulto para la consecución de esa función esperanzadora que, por lo demás, debe inspirar la ejecución de toda pena. Esto es, en estos escenarios no existe obstáculo para permitir que la utilización de la figura del indulto sea efectivamente asumida por otras instituciones menos distorsionantes.

No puede finalmente desatenderse tampoco, como un argumento suplementario en contra de la utilización de la figura del indulto como cauce adecuado para la consecución de una resocialización del condenado, que en cumplimiento de lo previsto en el art. 30 LI, la concesión de indultos se debe publicar en el Boletín Oficial del Estado –tanto en versión impresa como en

¹³¹¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, «La libertad condicional y los beneficios penitenciarios», p. 236; MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, p. 85; MOORE, K. D., *Pardons*, p. 6.

¹³¹² HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 33-35, 45.

Favorable a la redacción del art. 206 RP, cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», pp. 18-19.

¹³¹³ De defenderse la necesidad de continuar con la restricción temporal establecida por el principio 2. b) de la *Instrucción 17/2007, Beneficios penitenciarios. Indulto particular* (propuesta de indulto particular hasta un máximo de 3 meses por año de cumplimiento en el que se hayan acreditado tales circunstancias) –exigencia que apriorísticamente no compartimos– u otra de similar redacción, considero que debe abogarse por introducirla expresamente en el propio art. 205 RP.

¹³¹⁴ CID/TÉBAR, «Spain», pp. 388-389.

formato electrónico ex arts. 2. 1 y 11. 1 del RD 181/2008, de 8 de febrero—. La razón del contenido de tal precepto queda recogida expresamente en su Exposición de Motivos: «*Los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes no temen la publicidad y el juicio de la opinión. Por esto, los decretos de indulto se habrán de insertar en la Gaceta de Madrid*».

La publicidad de las decisiones de otorgamiento se establece *ex lege* como un mecanismo de control. Sin embargo, no es aproblemática la interferencia que la publicación de dicho indulto puede operar en la tarea de reinserción del potencial indultado¹³¹⁵, quien no recibiría ninguna publicidad de recibir una mejora en su tratamiento penitenciario, de acceder al régimen de la libertad condicional o de obtener un beneficio penitenciario consistente en el adelantamiento de aquélla.

Esa publicidad de los datos personales del condenado que se beneficia de un indulto supone una excepción legal al general régimen de tratamiento de los datos relativos a infracciones penales, con carácter de especialmente protegidos —art. 7. 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal—¹³¹⁶. En concreto, supone un trato antagónico al articulado durante la tramitación del procedimiento penal (art. 301 LECrim), al dado a las sentencias penales¹³¹⁷ (arts. 235 bis —especialmente ilustrativo—, 236 bis a 236 decies y 266 LOPJ y arts. 1 a 7 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del CGPJ, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales), al proporcionado a los antecedentes penales¹³¹⁸ (art. 136. 4 CP y arts. 5 y 6 del RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia), a las cautelas establecidas en el tratamiento de datos en el seno del régimen penitenciario (arts. 6 a 9 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario) o a las directrices dadas en fase postpenitenciaria (art. 73. 2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria) en los que

¹³¹⁵ COBAS COBIELLA, «Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de protección de datos», en *Actualidad civil*, núm. 1, enero de 2017, p. 2.

HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 32, nota 13, 130-132, 437 propone como solución facilitar exclusivamente las iniciales o el número de documento de identidad para no atentar contra el derecho a la intimidad del beneficiado, de exteriorizarse las razones que dieron lugar a la concesión del indulto; LÓPEZ AGUILAR, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 306, asume este problema de confidencialidad de datos del indultado como obstáculo para la publicación y difusión de datos sobre indultos; RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 347, en el mismo sentido.

En el plano macro, respecto de la futura posibilidad de publicar información sobre indultos, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 296, propone la eliminación de los nombres como solución.

¹³¹⁶ MARXEN, en reunión celebrada el 20 de abril de 2016, señaló que, en el ordenamiento alemán, los indultos no suponían, sin embargo, tal excepción, conforme al § 3 de la Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes.

¹³¹⁷ Vid. JACOBS/LARRAURI, «¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España», *Indret*, núm. 4, octubre de 2010, pp. 20-23.

¹³¹⁸ HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 127-128, nota 175.

SEBBA, «The pardoning power – A world survey», pp. 117-118; misma autora, «Clemency in Perspective», pp. 231-232, apunta, por ello, que la figura del indulto no puede ser utilizada para eliminar el estigma de aquellos condenados. Dicho empleo ha sido superado por el proceso de «*expunging the criminal record*».

prevalece un derecho al honor e intimidad de aquel que es sometido a un procedimiento penal y finalmente condenado para no entorpecer su futura resocialización¹³¹⁹.

Sobre este concreto aspecto se han pronunciado nuestros Tribunales desde un prisma tangencial pero diverso al aquí tratado en sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010 y de 5 de abril de 2016. En la primera resolución se advirtió que la publicación del Real Decreto de indulto en el Boletín Oficial es una imposición legal que debe efectuarse para hacer público el otorgamiento y, si bien esa publicidad puede acarrear algún tipo de perjuicios –incluso cuando se comparte el nombre con el indultado–, «*constituye un daño antijurídico que el perjudicado por ese hecho está obligado a soportar*».

En la segunda resolución se efectúa un análisis sobre la confrontación que puede existir, cuando la persona indultada no es una persona de relevancia pública ni los hechos presenten interés histórico, entre: (i) el ejercicio del derecho a la libertad de información de enlazar a buscadores de Internet decisiones de indulto contenidas en el Boletín Oficial del Estado –publicados por cumplimiento de una obligación legal ex art. 30 LI–, el interés público en una sociedad democrática de que se conozcan las decisiones de indulto otorgadas para, ante la falta de motivación de dichas medidas, poder conocer la política de concesión de indultos de un determinado Gobierno y ejercer consecuentemente un control de los poderes públicos, un control de la actividad gubernamental¹³²⁰; y (ii) el derecho a la protección de datos de carácter personal del indultado, su eventual derecho al olvido sobre los datos personales contenidos en el Real Decreto de concesión de indulto y sus derechos de la personalidad (derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, ex art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). En dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016, toda vez que la solicitud de eliminación de los enlaces del buscador de Internet se produjo diez años después de que fuera publicado el indulto en el Boletín Oficial del Estado, tras un transcurso de un plazo de tiempo razonable, la tensión debía inclinarse a favor de los derechos del indultado¹³²¹.

¹³¹⁹ Motivo por el cual, durante un lapso temporal –desde el RD 1365/1991, de 30 de agosto (BOE núm. 227, de 21 de septiembre de 1991) hasta el RD 2027/1993, de 19 de noviembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1993)– los Reales Decretos de indulto no hacían constar el delito cometido. DE LA QUADRASALCEDO, en calidad de Ministro de Justicia, Diario de sesiones de la Comisión de Justicia e Interior, núm. 562, sesión de 11 de noviembre de 1992, pp. 16900-16901 explicaba: «*Es verdad que no aparece el delito que se ha cometido, porque parece que una medida que de alguna forma debe servir para la reinserción social, para facilitar la vuelta a la sociedad, la última marca, la última señal que podemos ponerle, es decir en el boletín oficial correspondiente cuál es el delito que ha cometido, que no lo exige la ley. (...) En todo caso, lo que no está es el tipo de delito, que puede suponer una marca, una mancha más en aquella persona que queremos que se reintegre en la sociedad. Ya se ha dado publicidad suficiente, la que la Ley de Enjuiciamiento Criminal marca en el momento de dictar la sentencia; esa es la publicidad. En su entorno es conocido y se sabe y no hace falta ahondar en ese aspecto. Seguramente tiene lo que la jurisprudencia americana y el Tribunal Europeo han llamado el derecho a olvidar. En el derecho a olvidar habría que comprender el derecho a no estar desvelando el delito, aunque sí decir a la sociedad que tal persona ha sido objeto de una medida parcial o total de gracia. El entorno, la gente que le conoce, sí sabe a qué se refiere, pero no el resto de la sociedad, lo cual tampoco es necesario en función de esa idea de respeto a la intimidad para facilitar la reinserción social*».

¹³²⁰ Vid. apartado 6.3.2.3. Control de las decisiones de indulto.

¹³²¹ STS de 5 de abril de 2016: «*Por tal razón, una vez transcurrido un plazo razonable, el tratamiento de datos consistente en que cada vez que se realiza una consulta en un motor de búsqueda generalista de Internet (...), utilizando datos personales, como son el nombre y apellidos de una determinada persona, aparezca entre los primeros resultados el enlace a la página web donde se publica el indulto que le fue concedido, deja de ser*

Por último, no puede obviarse una reflexión, a modo de cierre, respecto de la última de las funciones premiales que pretende asignarse a la figura del indulto. En este contexto, como acogió expresamente FEUERBACH¹³²², destaca el instituto de perdón como el instrumento adecuado para gratificar a aquel que, arrepentido¹³²³, confiese y/o colabore con la justicia¹³²⁴. Esta función se prevé expresamente en el ordenamiento de Sri Lanka¹³²⁵ y en la Constitución de Singapur¹³²⁶.

El empleo del indulto como mecanismo o incentivo para colaborar con la justicia no es novedoso y fue incluso asumido como motivo literario¹³²⁷. En nuestra historia se encuentran rastros de su práctica. Ilustrativa a estos efectos es la Pragmática de 6 de julio de 1663, dada en Madrid por el Rey Felipe IV, sobre el modo de proceder contra los bandidos y salteadores que andasen en cuadrillas por caminos o despoblados¹³²⁸. En ella, literalmente se disponía: *«para que con más facilidad y brevedad sean castigados los dichos salteadores y bandidos, es nuestra voluntad, que qualquiera bandido, que después de la publicación de esta nuestra pragmática, y aunque sea de dos años después, prendiere ó matare, y entregare á qualquiera Justicia de estos Reynos otro bandido que mereciere pena de muerte, se le perdone, como por la presente le perdonamos sus delitos; y se le alzaré el bando, y se le remitirán todas las demas penas en que habia incurrido por sus delitos, aunque por ellos no estuviese condenado ni bandido; pero si el que matare ó prendiere algun bandido, y lo entregare á nuestras Justicias, no fuere bandido, sino que hubiese cometido otros delitos, se le remitirán las penas en que por ellos habia incurrido, salvo el crimen de heregía, y de lesa Magestad, y de moneda falsa, porque los tales es*

lícito porque es inadecuado para la finalidad con la que se hizo el tratamiento, y el daño provocado a los derechos de la personalidad del afectado, tales como el honor y la intimidad, resulta desproporcionado en relación al interés público que ampara el tratamiento de esos datos, cuando el demandante no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico».

COBAS COBIELLA, «Derecho al olvido», pp. 10-11, destaca de dicha resolución el hecho de que un tratamiento de datos lícitamente en sus inicios pueda dejar de serlo.

¹³²² FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 121, § 63.

¹³²³ ABOSO, *El arrepentido en el Derecho penal premial*, p. 5, destaca lo incorrecto de utilizar el término «arrepentido» cuando lo único que efectúa el sujeto es negociar su autoincriminación o delación a terceros a cambio de impunidad, renuncia a pena o una sensible reducción de su condena.

¹³²⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 273, sobre el recurso en Italia, con base en las ideas de enmienda y resocialización, al indulto a los arrepentidos y a otras instituciones premiales (libertad condicional, régimen abierto, medidas alternativas a la pena o libertad anticipada); DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», pp. 373-378; SEBBA, «The pardoning power – A world survey», p. 117, sobre la figura de los «criminal accomplices»; mismo autor, «Clemency in Perspective», pp. 225, 229.

Críticos, KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», pp. 64-66, para quien, sobre la base de la filosofía kantiana, la utilización del indulto convierte en estos casos al sujeto en objeto y supone un abuso; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 55-56; RUIZ MUÑOZ, «Sobre el perdón y unos pañales», p. 1; PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 69-70, nota 126, basa su reproche en que estas dinámicas se basan en la lógica del amigo-enemigo.

¹³²⁵ Art. 34. 3 de la Constitución de la República Democrática Socialista de Sri Lanka: «*When any offence has been committed for which the offender may be tried within the Republic of Sri Lanka, the President may grant a pardon to any accomplice in such offence who shall give such information as shall lead to the conviction of the principal offender or of any one of such principal offenders, if more than one*».

¹³²⁶ Art. 22. P. 1. a) de la Constitución de la República de Singapur: «*The President, as occasion shall arise, may, on the advice of the Cabinet: (a) grant a pardon to any accomplice in any offence who gives information which leads to the conviction of the principal offender or any one of the principal offenders, if more than one*».

¹³²⁷ CARRADOS, *El indulto de Chuck Bernley*, Ed. Ediciones B, Barcelona, 1997, como ejemplo wéstern novelado.

¹³²⁸ Novísima recopilación, tomo V, Libro XII, Título XVII, Ley I.

nuestra voluntad, que por ningún caso sean perdonados; y si el que entregare alguno de los dichos bandidos, vivo ó muerto, no hubiere cometido delito, queremos, que si el dicho bandido fuere cabeza de cuadrilla ó Tropa, se le conceda indulto para dos delinquentes, los que él nombrare, presos ó ausentes; y si no fuere cabeza de cuadrilla, se le conceda el indulto para un delincente, como no sea de los salteadores bandidos, ni haya cometido alguno de los tres crímenes exceptuados; y es nuestra voluntad, que gocen de los dichos indultos, aunque prendan ó maten á los dichos foragidos fuera del distrito de la jurisdicción donde se hubiere procedido contra ellos». A pesar de su tradición histórica, no dejan de ser controvertidas las formas en las que se emplea en la actualidad. Como ejemplo de su uso reciente se encuentra la execrable promesa de otorgamiento de indulto por el Presidente de la República de Filipinas, como instrumento en la lucha contra las drogas iniciada desde su elección el 30 de junio de 2016¹³²⁹.

Se aduce que su utilización, a pesar de ser rogada y depender de un Gobierno que pueda ser distinto a aquel que regía al momento de dictarse sentencia, permite externalizar una aplicación normal del sistema penal, evitando exhibir de forma exagerada la delación o la colaboración¹³³⁰. Sin perjuicio, precisamos, de que la recepción del indulto, como suerte de contraprestación ulterior, será pública y publicada.

Sin embargo, nuevamente el legislador ha desplazado para este fin a la figura del indulto y permite encauzar los efectos premiales a aquel que, retractado, confiese o colabore, ofreciéndole ventajas con certidumbre de inmediatez antes del dictado de una sentencia¹³³¹ que pudiera llevarle a ingresar en prisión –factor esencial para el incentivo ofrecido¹³³²– y sin necesidad de posponer los eventuales efectos beneficiosos a la hipotética obtención del indulto que no evitan automáticamente el cumplimiento de la pena privativa de libertad (art. 4. 4 CP). Al margen de las circunstancias previstas en los arts. 21. 4^a CP¹³³³ y 31 quáter. 1. b) CP, los mecanismos que hoy se prevén expresamente tanto en los arts. 305. 6, 307. 5 y 308. 7 –delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social–, 376 CP –delitos contra la salud–, 434 CP –malversación–, 570 quáter. 4 CP –organizaciones y grupos criminales– o 579 bis. 3 CP –terrorismo– como en los arts. 655, 787, 800. 2 y 801 LECrim –normalmente aplicados estrechamente junto con los arts. 80 ss. CP–¹³³⁴, pueden, en la práctica forense, seguir a una

¹³²⁹ Informe «License to Kill. Philippine Police Killings in Duterte’s “War on Drugs”», publicado por Human Rights Watch el 1 de marzo de 2017 (<https://www.hrw.org/report/2017/03/01/license-kill/philippine-police-killings-dutertes-war-drugs>, consultado el 7 de marzo de 2017).

¹³³⁰ HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 138-140, 238.

¹³³¹ ABOSO, *El arrepentido en el Derecho penal premial*, pp. 35, 113-164, también en *Derecho comparado: como ocurre con el art. 41 ter CP argentino: «Esa reducción de la pena opera de manera directa al momento de su determinación por el tribunal de juicio»* (p. 35). A este respecto, BONDI, *Stravaganze del diritto penale*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 2008, pp. 207-208, recuerda el proyecto presentado en 1994 por un grupo de magistrados y profesores de Milán (*Proposta di revisione legislativa dei delitti di corruzione e concussione*, conocida como *Proposta Di Pietro*), en virtud del cual ya se sugería entonces la posibilidad de incorporar expresamente como causa de no punibilidad esta circunstancia.

¹³³² ABOSO, *ibid.*, p. 35.

¹³³³ ABOSO, *ibid.*, pp. 21, 67, apunta a que el arrepentimiento activo del art. 21. 4^a CP debe diferenciarse del tratamiento del arrepentido delator.

¹³³⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», pp. 562-568, 578-580, 582-543 en relación con el fenómeno del terrorismo y crítico con el otorgamiento de beneficios sobre la base de la «delación». A favor del posible empleo del indulto en estos escenarios, SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 99-102.

negociación con el Ministerio Público de carácter confidencial, y con dicho atributo, preservar la temida exhibición –y las eventuales represalias¹³³⁵–.

En cualquier caso, nada obstaría para que, de entenderlo necesario, el legislador pudiera introducir explícitamente y de forma adicional, como causa de modulación de la acción penal frente al arrepentido, bajo determinados requisitos, el hecho de colaborar o confesar cualificadamente¹³³⁶. En este sentido, no pueden obviarse todos aquellos preceptos de la legislación alemana que han sido redactados bajo el influjo del principio aquí analizado, llegándose a contemplar como posibilidad, bajo determinadas circunstancias, incluso la inacción del propio procedimiento penal¹³³⁷.

Las anteriores conclusiones demuestran la superación del indulto como mecanismo para que los condenados no pierdan la esperanza, como recompensa o como instrumento premial.

| | | |
|----------|---|--|
| 1 | <p>Esperanza de salida de prisión anticipada ↔ Incentivo mejor comportamiento</p> <p>↳ Beneficio penitenciario máximo</p> <p>Méritos y virtudes</p> <p>Arrepentimiento (premio)</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Art. 25.2 CE (todas las penas) - Regulación penitenciaria (consideración buena conducta) → Adelantamiento libertad condicional (supresión art. 206 RP, propuesta reforma art. 205 RP) Acto de reconocimiento público Previsión normativa ya en vigor o potencial |
|----------|---|--|

4.4.2. El indulto como mecanismo de distribución de las consecuencias del hecho delictivo entre autor y sociedad

Algunos autores razonan que pueda plantearse admitir que las acciones humanas que podrían reputarse libres (también las delictivas), en realidad están constreñidas a múltiples

¹³³⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», p. 583, sobre el fenómeno de la imposible reinserción de los «arrepentidos».

¹³³⁶ Vid. referencias contenidas en el apartado 4.4.6.3.2.1. *Escenarios políticos intraestatales en los que la utilización de la figura del indulto no persigue alcanzar la paz social y la concordia*, sobre la previsión normativa que pretendía recogerse en los arts. 90 y 91 del Código Procesal Penal, en la línea de los §§ 153 ss. StPO.

Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 608-610, 680-682 (notas 299-306), crítico, a favor de erradicar este incentivo, mediante la prohibición legal de atribuir relevancia penal al comportamiento procesal del imputado, incluso a los fines de la determinación judicial de la pena dentro de los límites legales.

¹³³⁷ Sin ánimo exhaustivo, §§ 84. 5, 85. 3, 86. 3 y 4, 86. a. 3, 89. 3, 89. a. 7, 89. b. 5, 89. c. 7., 98. 2, 99. 3, 129. 5 y 6, 129. a. 6 y 7 o 261. 9 StGB. Vid. BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, pp. 83-84.

condicionantes entre los que destaca la propia determinación social¹³³⁸, «a cuya influencia no puede sustraerse el autor concreto»¹³³⁹. De ello se deriva la necesidad de admitir la existencia de cierta corresponsabilidad social, a determinar según los casos, cuando un hecho delictivo es cometido¹³⁴⁰. Ello supondría reconocer cierta virtualidad a la comprensión excusante formulada por ANTÓN ONECA, bajo la máxima «comprenderlo todo es perdonarlo todo»¹³⁴¹.

En este sentido, SILVA SÁNCHEZ apunta que la tesis fundamental de este planteamiento se resume en el aforismo: «todos somos responsables»¹³⁴² –la expresión acuñada «*Kollektivschuld der Gesellschaft*»¹³⁴³–. Se trataría de escenarios de análisis en los que cabe «la posibilidad de

¹³³⁸ Quedaba reflejado en su última novela escrita en 1899 por TOLSTOI, *Auferstehung*, Ed. NP, Düsseldorf, 2016, pp. 302-304 donde subraya no solo que el origen del delito está en la sociedad (única culpable) sino que, dado que es la sociedad la responsable ante el delincuente, no tiene derecho a imponer castigo: «*Es ist klar, dass dieser Bursche kein Verbrecher von Beruf, kein außergewöhnlicher Missetäter ist, sondern im Gegenteil der gewöhnlichen Art angehört. Das weiß und fühlt jeder, ebenso dass er das, was er ist, nur darum geworden ist, weil er sich unter Verhältnissen befunden hat, die ihn notgedrungen dazu bringen mussten. Ebenso klar ist es in den Augen eines jeden verständigen Menschen, dass wir, um solche Wesen an ihrem eigenen Verderben zu hindern, uns vor allem bemühen müssen, die Bedingungen zu zerstören, die die unmittelbare Wirkung haben, sie ihrem Verderben entgegenzuführen. Was tun wir aber? Wir packen aufs Geratewohl einen dieser armen Teufel, obwohl wir ganz genau wissen, dass tausend andere derselben Art in Freiheit bleiben, werfen sie ins Gefängnis, verdammen sie zu völliger Untätigkeit oder zu einer ungesunden und blöden Arbeit in Gesellschaft anderer armer Teufel ihrer Art, und lassen sie dann auf Staatskosten von dem Gouvernement A... (...) Um aber die Bedingungen zu zerstören, die solche Wesen hervorbringen, dazu tun wir nichts. (...) Wir zerstören diese Bedingungen nicht nur nicht, sondern wir halten sie für notwendig, ermutigen sie und verleihen ihnen den Schutz des Gesetzes! So bilden wir nicht einen, sondern Tausende von Missetätern, und reden uns ein, wenn wir zufällig einen fassen, die Gesellschaft gerettet und unsere Pflicht getan zu haben, wenn wir es durchsetzen, dass der arme Teufel vom Gouvernement A... nach dem Gouvernement Irkutsk überführt wird*».

Vid. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 16-17.

¹³³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 51.

¹³⁴⁰ Cfr. ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 72-74.

¹³⁴¹ ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 51-52, sobre el ambiente excusante en cuanto al delito en el seno del que se deducía la máxima: «comprenderlo todo es perdonarlo todo». BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», p. 24; CADALSO, *La libertad condicional*, pp. 23-24; SÁDABA, *El perdón*, p. 72; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, pp. 112-113; RIEFF, *Elogio del olvido*, p. 36; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», p. 74. Matiza ELLUL, «Pues todo es gracia», pp. 117-119, para quien comprender puede implicar no excusar.

Sin embargo, JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 81-143, disiente y defiende que la comprensión, la excusa intelectual, no sería estrictamente perdón, dado que aquélla implica una apreciación moral del acto que excusa, es una toma de posición sobre los daños del culpable a quien se le achaca una culpa, que no concurre en la figura del perdón puro. Para dicho autor, comprender es excusar, no necesariamente perdonar (p. 127). JANKÉLÉVITCH determina un primer nivel de actos excusables; para los actos no excusables, entraría en juego, en un segundo escalón, la figura del perdón respecto de actos perdonables (p. 143), dejando un residuo de actos que serían los que, para él, serían actos imperdonables –«admitiendo que exista un crimen metempíricamente imposible de perdonar» (p. 128)–. En este mismo sentido, parecen inclinarse SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 86-87; TORRALBA, *El perdón*, pp. 37-39. Sin embargo, DERRIDA, «El perdón», pp. 117-123, contra JANKÉLÉVITCH, presupone que lo imperdonable es el presupuesto del perdón.

¹³⁴² SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 51, 126-129.

¹³⁴³ VON ÖTTINGEN, *Die Moralstatistik in ihrer Bedeutung für eine Sociaethik*, Ed. Deichert, Erlangen, 1882, 3ª ed., pp. 700-736: «*Die Hauptsache aber ist und bleibt –und das ist für meinen Zweck ausreichend– dass das ungeahndete Verbrechen des Mordes die ganze Gemeinschaft mit verunreinigt, und dass erst durch eine der Unthat entsprechende Strafe, so zu sagen durch eine Selbstkritik bis auf's Blut, die Gesamtschuld, welche in der einzelnen That zur Erscheinung kommt, und die Mitschuld der Gesamtheit an jedem einzelnen verbrecherischen Morde gesühnt werden kann*» (p. 725). Citando a VON ÖTTINGEN, VON LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 27: «*Aber auch die Erkenntnis, dass das Verbrechen in den gesellschaftlichen Verhältnissen seine tiefe Wurzel hat, wird vor Übertreibungen des Zweckgedankens*

que se decida disculpar al sujeto libre, esto es, no hacerlo responsable»¹³⁴⁴ ya que quien cometió el hecho delictivo se representa como un sujeto desasistido, resultado de una sociedad desestructurada¹³⁴⁵. De esta forma, como apuntara LARRAURI, las prisiones aparecen «donde no llegan los mecanismos del Estado social para incluir a sectores de la población en riesgo de exclusión social»¹³⁴⁶.

Acogiendo una suerte de razón subconsciente de esa corresponsabilidad social que implica una distribución final de las consecuencias del hecho delictivo entre la sociedad y el sujeto activo autor de aquél, es por lo que se podría deducir la necesidad de otorgar un indulto¹³⁴⁷. Su concesión estaría basada en el argumento de que la acción delictiva cometida no ha sido solo responsabilidad del autor¹³⁴⁸. De esta forma, se aduce, la figura del indulto no solo mantendría la necesaria expresión de piedad y misericordia de la sociedad respecto del condenado¹³⁴⁹ sino, al tiempo, se instituiría como proyección de aquel reconocimiento de corresponsabilidad en el hecho ilícito perpetrado.

La idea de corresponsabilidad viene a oponerse a aquella orientación que define al delito como estricto producto del acto autorresponsable de un sujeto del que se deriva una responsabilidad individual¹³⁵⁰. De estos modelos antagónicos (corresponsabilidad social frente a responsabilidad individual estricta) se deducen configuraciones disímiles respecto del sistema de imputación del hecho y del régimen de sanciones¹³⁵¹.

A pesar de los contrastes entre ambas teorías, la acogida en nuestro sistema del modelo de responsabilidad individual no implica, sin embargo, desterrar la eventual existencia de una

schützen. Die Überzeugung von der „Kollektivschuld der Gesellschaft“ (A. v. Öttingen) wird der strafenden Tätigkeit des Staates die Grenzen vorzeichnen».

¹³⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 17.

¹³⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, pp. 53, 129-130, 133-135, 241-242, proyectándolo en la idea de resocialización basándose en esa corresponsabilidad: «la orientación de la ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad hacia la reinserción (...) manifestación de la admisión de la tesis de que el delito expresa, al menos en parte, una desocialización del agente, respecto de la que la sociedad en su conjunto admite cierta corresponsabilidad» (pp. 129-130); o en el tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil. Respecto de la adopción de un derecho penal de menores, PFLIEGER, «Gnade vor Recht?», p. 84, relacionándolo con la evolución de la consideración del autor: «nicht mehr als pures Objekt des Strafverfahrens ansah, sondern als behandlungsbedürftiges Subjekt».

¹³⁴⁶ LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 178-179 (especialmente, p. 178).

¹³⁴⁷ BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 496-497; BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», pp. 22-27, 28-29, 32; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, p. 162; argumento paralelo al utilizado por TAPIA y BALBONTÍN para no excluir la figura de los indultos generales al discutir la redacción de la Constitución de 1931 (Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, núm. 76, sesión de 18 de noviembre de 1931, pp. 2427-2429, 2431, 2437).

¹³⁴⁸ Argumento que quizá fue el que mereció acogida al ser dictada la Real Orden de 13 de mayo de 1854 en virtud de la cual la Reina Isabel II indultó la pena capital impuesta el 6 de abril de 1854 a MBR, conocido en las leyendas como el hombre lobo de Allariz y condenado en la única causa de licantropía instruida en España, conmutándola por la pena de cadena perpetua.

¹³⁴⁹ Art. 166 del Código Penal de 1822.

DORADO MONTERO, voz «Amnistía é indulto», p. 704.

¹³⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, «Valoraciones sociales y Derecho penal», en *Revista Persona y Derecho*, vol. 46, Ed. Universidad de Navarra, 2002, p. 159: «Si el delito aparece fundamentalmente como un acto de decisión de un sujeto racional que ha ponderado los pros y los contras de una determinada decisión delictiva y ha optado finalmente por llevarla a cabo, entonces de entrada es posible realizar una imputación de responsabilidad».

¹³⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 158; MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica», p. 136.

dos de responsabilidad compartida en el delito. Su proyección o inserción se produciría no ya a través de la figura del indulto sino: **(i)** mediante la matización de determinados elementos del modelo de atribución de responsabilidad (por ejemplo, en la categoría de la culpabilidad¹³⁵² o, incluso, de la antijuridicidad); y **(ii)** a través de la finalidad resocializadora de las consecuencias jurídicas a imponer al sujeto considerado autor¹³⁵³. El compromiso de resocialización enlaza con el reconocimiento tácito de que se ha contraído una obligación con el sujeto condenado, de cuya conducta se deriva un sentimiento de corresponsabilidad.

De este modo, las sanciones penales inspiradas por la finalidad de reinserción ex art. 25. 2 CE, consideran al sujeto no ya como una fuente de peligro que hay que neutralizar en aras de una defensa de la seguridad como valor supremo y prioritario –de ser preciso, también mediante su inocuización, bajo la premisa: *si no hay posibilidad de “corregirlo”, exterminémoslo*¹³⁵⁴–; sino como un sujeto respecto del que se asume una responsabilidad compartida de y en sus actos.

La integración de ambos mecanismos –asumiendo el de la responsabilidad individual como base y matizándolo con la postura que defiende permitir la admisión de cierta corresponsabilidad social–, la búsqueda de las necesarias graduaciones respecto de la atribución de responsabilidad del individuo y el objetivo resocializador de las sanciones penales prescrito constitucionalmente, hacen decaer la eventual necesidad de que la figura del indulto se erija como instrumento de expresión de aquella eventual corresponsabilidad social en el delito cometido por el autor y excluyen la oportunidad de aplicar esta figura en favor de aquéllas. Es decir, nada impide que la eventual función que se pretende asignar a la institución del indulto para distribuir las consecuencias del hecho delictivo entre el autor y la sociedad sea ejecutada a través de otras alternativas que generan menos fricciones y que gozan de respaldo constitucional¹³⁵⁵.

| | | |
|----------|--|--|
| 2 | Mecanismo de distribución de las consecuencias del hecho delictivo entre autor y sociedad | <ul style="list-style-type: none"> - Matización de extremos del modelo de atribución de responsabilidad penal - Sanciones penales dirigidas hacia la resocialización |
|----------|--|--|

4.4.3. El indulto concedido por eventos *extraños al hecho* o acontecimientos faustos

En la *Séptima Partida, Título 32: De los perdones, Ley 1*, se distinguían dos motivos justificativos para el otorgamiento del indulto: **(i)** para festejar la gran alegría en la que

¹³⁵² SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 159.

¹³⁵³ SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 159.

¹³⁵⁴ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 87.

¹³⁵⁵ Así también, MOORE, K. D., *Pardons*, p. 207, contraria a la concesión del indulto por esta razón.

estuviera sumido el concedente; o (ii) por ruego, servicio, bondad, sabiduría, esfuerzo o razón semejante¹³⁵⁶.

Me centraré en este punto de la investigación en el análisis de aquellos indultos cuyo otorgamiento se justifica en la celebración o exaltación de un evento extraño al hecho, de efemérides, acontecimientos faustos o análogos (*laetitia publica*)¹³⁵⁷ que festeja el concedente¹³⁵⁸ y que, en ocasiones, serían consideradas como demostración máxima de amor que profesaba a sus súbditos, de corte paternalista¹³⁵⁹, o como proyección de su bondad personal, en tanto que virtud que merecía ser cultivada¹³⁶⁰. Son estas razones las que movieron a WHITMAN a calificar a dichas prácticas como reliquias del Antiguo Régimen, propias de la era de soberanía sacra¹³⁶¹.

En estos escenarios, el otorgamiento del perdón no atiende a las particularidades de aquellos a los que beneficia, sino que los motivos por los que se justifica son la celebración del júbilo del concedente y radican en múltiples eventos¹³⁶², caracterizados por su diversidad: por el nacimiento de descendencia¹³⁶³; por la celebración de matrimonios¹³⁶⁴; de cumpleaños¹³⁶⁵;

¹³⁵⁶ Séptima Partida, Título 32: De los perdones, Ley 1: «Y hay dos maneras de perdones. La una es cuando el rey o el señor de la tierra perdona generalmente a todos los hombres que tiene presos por gran alegría que tiene: así como por nacimiento de su hijo, o por victoria que hayan tenido sobre sus enemigos o por amor a Jesucristo, así como lo usan hacer el día del viernes santo de andulencias, o por otra razón semejante a estas. La otra manera de perdón es cuando el rey perdona a alguno por ruego de algún prelado o de rico hombre o de otra alguna honrada persona, o lo hace por servicio que le hubiese hecho a él o a su padre o a aquellos de cuyo linaje viene aquel a quien perdona, o por bondad o por sabiduría o por gran esfuerzo que hubiese en él de que pudiese venir algún bien a la tierra, o por alguna otra razón semejante de estas».

¹³⁵⁷ Crítica global contra los indultos generales y en particular respecto de aquellos que obedecen a celebraciones y festejos, ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 102-109: «Sino porque el burlarla [la ley] forma parte del programa de fiestas para celebrar un suceso oficialmente fausto, y hay iluminaciones, fuegos artificiales, toros e indultos» (p. 104).

¹³⁵⁸ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 3.

VILLAR y GARCÍA, *La conveniencia civil y política del indulto, como regalía de la corona*, pp. 12-13, favorable a ellos, sobre todo al otorgado el Viernes Santo, al tratarse de: «ocasiones, en que los prósperos acontecimientos de una nación la ennoblecen, la exaltan; en que la alegría que experimenta un Monarca trasciende á todos sus súbditos, y recorre los ángulos todos de la patria».

¹³⁵⁹ MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», p. 62.

¹³⁶⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1468; FALCÓN y TELLA, M. J., *Equidad, Derecho y Justicia*, p. 184; HELD, «Gnade und Recht», p. 413. Sobre la imposibilidad de que se considere como motivo actual de otorgamiento de indulto la demostración de la bondad personal y el amor del concedente, vid. RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», p. 36; HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», pp. 54-55.

¹³⁶¹ WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 93, 143-144.

¹³⁶² DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, p. 419; GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, p. 275.

¹³⁶³ A título de ejemplo: el 6 de marzo de 1742 se concedió indulto general «en atención a que el Altísimo continúa en fecundar el Real Matrimonio de sus Majestades» (Gaceta de Madrid núm. 13, de 27 de marzo de 1742); indulto otorgado el 5 de diciembre de 1783 a los presos de la cárcel de Madrid con excepciones (Gaceta núm. 97, de 5 de diciembre de 1783); Real Orden de 23 de diciembre de 1851 (Gaceta núm. 6377, de 24 de diciembre de 1851) por el que se indultaba con motivo del feliz alumbramiento de la Reina Isabel II; Decretos de indulto general de 14 de julio de 1880 con motivo del nacimiento de la Infante heredera Doña María de las Mercedes (Gaceta de Madrid núm. 259, de 15 de septiembre de 1880) que fue extendido por el mismo motivo a Cuba, Puerto-Rico, Filipinas y del Golfo de Guinea en virtud de RD de 15 de octubre de 1880 (Gaceta de Madrid núm. 291, de 17 de octubre de 1880); o RD de 28 de junio de 1886, para solemnizar el fausto nacimiento de Alfonso XIII (Gaceta de Madrid núm. 181, de 30 de junio de 1886).

Cfr. MOMMSEN, *Derecho penal romano*, p. 289; también BAUTISTA Y LUGO, *Castigar o perdonar El gobierno de Felipe IV ante la rebelión de 1624 en México*, tesis doctoral, Universidad Nacional Autónoma de México,

para celebrar el arribo de monarcas a una ciudad para reunirse con el resto de la corte¹³⁶⁶; para festejar la victoria sobre enemigos¹³⁶⁷; por ser año jubilar¹³⁶⁸; para exaltar a pontífices¹³⁶⁹

México, D. F., 2014, p. 23: «con ocasión del nacimiento del príncipe Fernando, el virrey Martín Enríquez y la Audiencia de Nueva España recibieron la cédula real fechada el 1 de abril de 1572 con la que Felipe II otorgó el perdón a todos los presos acusados de delitos leves que estuviesen en la cárcel real de la ciudad de México. Una situación semejante para todos los reinos de la monarquía ocurrió en 1628, bajo Felipe IV, con el alumbramiento de su hijo, el príncipe Baltasar».

¹³⁶⁴ Uso recogido por CALDERÓN DE LA BARCA, en FERNÁNDEZ DE APONTES (Ed.), *Autos sacramentales alegóricos, y historiales del Phenix de los poetas, el español, Don Pedro Calderón de la Barca*, tomo primero, Imprenta Viuda de M. Fernández, Madrid, 1759, «Loa para el auto sacramental, intitulado: el indulto general», p. 77: «El indulto general, que a honor de su esposa bella, el príncipe deseado dar la libertad espera a los presos, uso antiguo de reales Bodas»; y «Auto sacramental alegórico, intitulado: el indulto general»; pp. 91, 96: «Las distantes voces eran Epitalamios festivos de Reales bodas, que han puesto mi ira en tan nuevo conflicto, como no salir de uno, y entrar a otro laberinto: Porque, qué tiene que ver dos asuntos tan distintos, como la cárcel y boda, concurren a un tiempo mismo?»; «publicad un general indulto, que quiero se haga a honra, y gloria de la esposa, de todas aquellas causas, que no tengan Parte, y luego las dos en publica Sala iréis a hacer la Visita en mi nombre. (...) Al Cielo gracias, de que ya, Mundo, saliste de la duda en que te hallabas, de no saber a qué punto iban a dar tan contrarias líneas, como boda, y cárcel. (...) De que el Deseado, que esperabas, aviendo venido al Mundo, Segundo el mayor Monarca, un indulto general a honor de sus Bodas, manda que se celebre, porque tú de tus prisiones salgas».

Por ejemplo, la ampliación del indulto general a los desertores dictada el 14 de enero de 1766 «en celebridad del desposorio del Príncipe de Asturias» (Gaceta de Madrid núm. 2, de 14 de enero de 1766); el otorgamiento de indulto general el 6 de mayo de 1768 con ocasión del matrimonio del Rey que ulteriormente, el 31 de mayo de 1768, fue extendido (Gaceta de Madrid núm. 25, de 21 de junio de 1768); la Real Orden de 4 de enero de 1803 concediendo indulto general a los presos con motivo del matrimonio del Príncipe Ntro. Sr. con la Serma. Sra. Doña María Antonia, Princesa de Nápoles (Gaceta de Madrid núm. 7, de 25 de enero de 1803); el Real indulto de 23 de septiembre de 1817 con motivo del matrimonio de S. M. el Rey y el del Serenísimo Sr. Infante D. Carlos (Gaceta de Madrid núm. 4, de 8 de enero de 1818); el RD de 28 de noviembre de 1879 con motivo del matrimonio de S. M. el Rey con la Archiduquesa de Austria Doña María Cristina (Gaceta de Madrid núm. 333, de 29 de noviembre de 1879); o la concesión de indulto total a todos los condenados en juicios de faltas para celebrar la boda de Su Alteza Imperial el Jalifa Mulai el Hasan (Dahir de 3 de mayo de 1949, BO. Protectorado de Marruecos 13 mayo 1949, núm. 19).

¹³⁶⁵ RD de 23 de octubre de 1906 (Gaceta núm. 291, de la misma fecha), concediendo indulto total a los inculcados o sentenciados por delitos cometidos por medio de la imprenta, por los cometidos con ocasión de huelgas de obreros y a los sentenciados a las penas de arresto mayor y menor, con motivo de la celebración del cumpleaños de la Reina Victoria Eugenia.

WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 148, pone como ejemplo la amnistía acordada por Hitler el 7 de agosto de 1934, con motivo de la celebración de su cumpleaños.

¹³⁶⁶ Indulto general a todos los presos por deudas, contrabando, deserciones y vasallos dispersos para celebridad del «dichoso arribo de la Reyna (...) y feliz unión», «excepto no obstante a los de delitos feos y gravísimos» el 17 de mayo de 1768 (Gaceta de Madrid núm. 23, de 17 de mayo de 1768).

¹³⁶⁷ La Ley de 1 de abril de 1941 por la que se concede indulto a los marroquíes condenados por Tribunales españoles, conmemorando así la feliz entrada en Tánger de Su Alteza Imperial el Jalifa, festejando el «día de triunfo para la Nación española y para el pueblo protegido. El deseo de solemnizar en el día de hoy, segundo aniversario de la Victoria, tan feliz acontecimiento».

¹³⁶⁸ Voz "jubileo", entrada 1, del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 23ª ed.: «Entre los cristianos, indulgencia plenaria, solemne y universal, concedida por el papa en ciertos tiempos y en algunas ocasiones». Así por ejemplo, Decreto de 25 de julio de 1954 de Indulto General con motivo del Año Mariano y del Año Jacobeo; Orden de 28 de julio de 1954, del Ministerio del Aire, por la que se dictan normas para la aplicación de los beneficios de indulto con motivo del Año Mariano y Jubileo Jacobeo; Decreto 2136/1965, de 22 de julio, por el que se concede indulto general con motivo del Año Santo Compostelano: «El Año Jubilar Compostelano, propicio para la obtención de singulares gracias espirituales, lo es también, por la secular devoción de España al glorioso Apóstol Santiago, para que el Gobierno, en su deseo de contribuir a la paz y concordia propia del Año Jubilar, haga especial ofrenda al Apóstol de un amplio perdón, tan grato a la Iglesia como a los sentimientos cristianos de nuestro pueblo»; u Orden de 23 de agosto de 1965, por la que se otorga el indulto en la jurisdicción de la Marina por ser Año Santo Compostelano.

o con motivo de sus visitas y súplicas¹³⁷⁰; para celebrar acontecimientos religiosos¹³⁷¹, así como para homenajear la llegada del viernes santo, en que la iglesia católica conmemora la redención del hombre¹³⁷²; para exaltar la figura de Jefes de Estado¹³⁷³ y homólogos¹³⁷⁴; para

¹³⁶⁹ Decreto de 31 de octubre de 1958 por el que se concede indulto con motivo de la exaltación al Solio Pontificio de Su Santidad el Papa Juan XXIII; o el Decreto 1504/1963, de 24 de junio, por el que se concede indulto con motivo de la exaltación al Santo Pontificio de Su Santidad el Papa Paulo VI: «*El magno y jubiloso acontecimiento de la exaltación al Pontificado Supremo de Su Eminencia Reverendísima el Cardenal Juan Bautista Montini, de tal excelsas virtudes y excepcionales méritos, Papa Paulo VI, felizmente coincidente con la conmemoración del XIX centenario de la llegada a nuestra Patria del Apóstol de las Gentes, y la santa memoria de Juan XXIII, mueven al Jefe del Estado, fiel intérprete de los sentimientos de adhesión inquebrantable y fiel devoción que al sucesor de San Pedro profesa el pueblo español, a decretar un nuevo indulto general, como homenaje a la persona augusta y sagrada del Papa y a la magnanimidad de la Santa Iglesia Católica*». Posteriormente extendido a sanciones por infracciones de contrabando, defraudación y delitos monetarios, aludiendo a la exaltación al Solio Pontificio de Su Santidad el Papa Paulo VI, en virtud de la Orden de 23 de julio de 1963.

¹³⁷⁰ A título de ejemplo, destaca Cuba, país en el que la práctica del indulto está fuertemente influenciada por la religión católica y las demandas papales. Es reseñable que las cuatro últimas ocasiones en las que se ha procedido a la concesión de indultos se hayan concretado con motivo de visitas de los Papas Juan Pablo II (Decreto núm. 1 de 12 de febrero de 1998), Benedicto XVI (Decreto núm. 1 de 23 de diciembre de 2011) y Francisco (Decreto núm. 1 de 8 de septiembre de 2015) o en respuesta a la llamada efectuada por este último al finalizar el denominado Año de la Misericordia, que concluyó el 20 de noviembre de 2016 (Decreto núm. 1 de 11 de noviembre de 2016).

MEYER, «The Merciful State», pp. 74-76, 101-102, lo reputa motivo válido de concesión.

Sin embargo, contrarios a su empleo, LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso».

¹³⁷¹ Decreto de 1 de mayo de 1952 por el que, con ocasión del treinta y cinco Congreso Eucarístico Internacional de Barcelona se concede indulto total o parcial a los condenados por delitos comunes y especiales con la extensión y en los términos que en el mismo se determinan, aludiendo a que: «*Se viene asociando la concesión de estos indultos generales a la celebración de faustos acontecimientos. Y como en fecha próxima se celebra en nuestra Patria el treinta y cinco Congreso Eucarístico Internacional, magno acontecimiento de la Cristiandad, el Gobierno, como representante de una Nación eminentemente católica, considera que debe escuchar la voz de los afligidos, ofrendando con este motivo un amplio perdón, tan grato a la Iglesia como a los sentimientos cristianos de nuestro pueblo*». El 8 de junio de 2016, en Arabia Saudí se concedió el indulto a 362 presos, con motivo de la celebración del Ramadán (<http://saudigazette.com.sa/saudi-arabia/kingdom-pardons-362-prisoners-ramadan/>), consultado el 9 de junio de 2016). Con motivo del final del Ramadán, el Eid Al-Fitr, el Rey de Bahréin, concedió, por decreto real, 559 indultos el 30 de junio de 2016 (<http://www.bna.bh/portal/en/news/734511>), consultado el 2 de julio de 2016).

¹³⁷² En época de Juan II de Castilla en Valladolid en 1447, limitado a no más de veinte reos cada año coincidiendo con Semana Santa, aunque no se tiene certeza de si el límite fue respetado (TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», p. 481). Fuertemente criticado por ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 20, 87-88, 93-94; 146-149. Alabado, sin embargo, por BRAVO, *La gracia de indulto*, p. 14.

¹³⁷³ Indulto otorgado el 25 de marzo de 1780 con motivo de la exaltación del nuevo soberano de Módena (Gaceta de Madrid núm. 30 de 14 de abril de 1780); Decreto 1824/1961, de 11 de octubre, por el que se concede indulto general con motivo del XXV aniversario de la exaltación del Caudillo a la Jefatura del Estado: «*La conmemoración del XXV aniversario de la exaltación del Caudillo a la Jefatura del Estado ofrece, por su significación y trascendencia, coyuntura feliz para otorgar, en uso de una de sus más excelsas prerrogativas, un indulto general, como medida de generosidad, hija de la fortaleza y del espíritu cristiano del Poder, que se incorpora con singular relieve a los actos religiosos y patrióticos con que la nación ha querido celebrar acontecimiento tan venturoso y el advenimiento de un régimen político y jurídico que ha proporcionado a nuestra Patria la seguridad y el público sosiego; Decreto 786/1864, de 1 de abril, por el que se concede indulto general con motivo de los XXV años de la Paz Española»; Decreto 2326/1971, de 23 de septiembre, por el que se concede indulto con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado; Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España, donde se afirma: «*La promulgación de este indulto general constituye asimismo un homenaje a la memoria de la egregia figura del Generalísimo Franco (q. e. G.**

celebrar la elección de éstos¹³⁷⁵; para conmemorar el jubileo de un régimen¹³⁷⁶ o de una liberación de éste¹³⁷⁷; a los fines de festejar el aniversario de la independencia¹³⁷⁸; con motivo de la celebración de la aprobación de una Carta Magna¹³⁷⁹; o para festejar la llegada del nuevo año¹³⁸⁰. Se llegaba en ocasiones a conceder el indulto por causas tan baladíes como pudiera ser el festejo de «*presenciar la procesión de Corpus desde un balcón próximo a la cárcel de la Villa*» por Felipe IV¹³⁸¹.

Si bien esta motivación venía a ser recogida expresamente en la legislación penal pretérita¹³⁸², podemos incluso remontarnos al propio texto bíblico para localizar su utilización con motivo de la escena del célebre perdón al sedicioso Barrabás, quien fue indultado dado que, para festejar la Pascua, se tenía costumbre de conceder a los judíos la libertad de un preso¹³⁸³.

Actualmente esta práctica se encuentra de plena vigencia no solo en ordenamientos jurídicos como el de Marruecos¹³⁸⁴ o Irán¹³⁸⁵; sino también en regímenes apriorísticamente más

e.), artifice del progresivo desarrollo en la Paz de que ha disfrutado España en las últimas cuatro décadas, durante las cuales otorgó once indultos generales e innumerables indultos particulares».

¹³⁷⁴ Caso de los indultos con ocasión del homenaje rendido por el pueblo marroquí a Su Excelentísimo el Alto Comisario (Dahir de 22 de enero de 1954, BO. Protectorado de Marruecos 22 enero 1954, núm. 4).

¹³⁷⁵ Decreto de 8 de diciembre de 1931 de concesión de indulto por la aprobación de la Constitución y por «*la elección del primer Presidente de la República*».

¹³⁷⁶ El Emperador Wilhelm II liberó a 24.000 personas con motivo de la celebración del 25 *Regierungsjubiläums* (así se recoge en la STC alemán de 23 de abril de 1969).

Vid. MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 140-141; RENAUT, «*Le droit de grâce doit-il disparaître?*», pp. 575, 601, 603.

¹³⁷⁷ Para conmemorar la celebración del 41 aniversario de la liberación del sur de Vietnam y la reunificación nacional, el 29 de abril de 2016 se acordó en Vietnam el otorgamiento de un indulto que afectaría a 101 condenados (<http://en.vietnamplus.vn/hanoi-grants-amnesty-to-100-prisoners/92569.vnp>, consultado el 2 de mayo de 2016).

El 11 de julio de 2016, la presidenta de Corea del Sur, Park Geun-hye, anunció la concesión de un amplio indulto con motivo de la celebración del 71 aniversario de la liberación del país (http://world.kbs.co.kr/spanish/news/news_Po_detail.htm?lang=s&id=Po&No=51624¤t_page=, consultado el 1 de agosto de 2016).

¹³⁷⁸ Vid. HAINDL, «*Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich*», p. 417, con los ejemplos austriacos de las leyes de amnistía de 1968, 1975, 1985 y 1995.

¹³⁷⁹ Con motivo del vigésimo aniversario de la Constitución rusa, el 9 de diciembre de 2013, su presidente aprobó las resoluciones por las que se declaraba la amnistía en conexión con el aniversario de la Constitución de la Federación rusa y la orden de ejecución de la resolución de la Duma, declarando la amnistía con motivo de aquel aniversario (<http://kremlin.ru/events/president/news/19811>, consultado el 2 de mayo de 2016).

¹³⁸⁰ Es el caso del indulto anunciado para 100 presos el 3 de abril de 2016 por el Gobierno birmano en virtud del art. 204 (a) de su Constitución, «*at the time of the Myanmar new year*» (<http://www.president-office.gov.mm/en/?q=briefing-room/news/2016/04/08/id-6546>, consultado el 13 de abril de 2016).

¹³⁸¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1454; TOMÁS Y VALIENTE, «*El Derecho penal de la monarquía absoluta*», p. 480.

¹³⁸² Art. 167 del Código Penal de 1822.

¹³⁸³ Evangelio de Marcos 15, 6-15; Juan 18, 38-40; 19, 14: «*Después de decir esto, Pilato salió de nuevo y dijo a los judíos: -Yo no encuentro delito alguno en este hombre. (39) Pero como tenéis la costumbre de que os ponga en libertad un prisionero durante la fiesta de la pascua, ¿queréis que deje en libertad al rey de los judíos?- Y en medio de un gran clamor, gritaban: -¡No, a ése no! ¡Deja en libertad a Barrabás! (El tal Barrabás era un bandido).* (...) «*Era la víspera de la fiesta de la pascua, hacia el mediodía*».

¹³⁸⁴ Donde cada 30 de julio el Rey Mohamed VI concede un indulto multitudinario para ensalzar su llegada al trono. En 2016, indultó por esta razón a 1.272 condenados; en 2015 se benefició a 725 presos; en 2014, la cifra de reos indultados se elevó a 13.218 y en 2009 alcanzó al 40% de la población carcelaria nacional (24.865 presos). Dicha data se acompaña de otras fechas en las que, bajo el mismo argumento de júbilo, se decide otorgar indultos multitudinarios. Entre ellos, destaca el concedido en conmemoración de la Fiesta de la Juventud –que coincide con el cumpleaños del Rey, el 21 de agosto– y del día de la Revolución del Rey y del

cercanos como el alemán, donde se otorga recurrentemente el denominado indulto navideño (*Weihnachtsbegnadigung*)¹³⁸⁶.

La anterior práctica, enraizada en el cristianismo, consiste en que para aquellos presos cuyo fin de ejecución de la pena privativa de libertad se sitúe entre el 22 de diciembre y el 2 de enero, se adelanta su liberación para que puedan disfrutar de esos días en libertad¹³⁸⁷. Empíricamente, la liberación anticipada llega a extenderse hasta ocho semanas antes del periodo señalado en función del Estado alemán que aplique la normativa¹³⁸⁸. Además del eventual reproche que se eleva en contra de tal medida, aludiendo a la eventual violación del principio de igualdad ante la Ley¹³⁸⁹, la cuestión

Pueblo (20 de agosto) en los que se conceden igualmente indultos generales. En 2015, con motivo del festejo de ambas fiestas, el Rey Mohamed VI de Marruecos indultó a 554 personas. El 23 de diciembre de 2015, con motivo del aniversario del nacimiento del Profeta Sidna Muhammed, indultó a 325 personas. El 10 de enero de 2016, indultó a 522 condenados con motivo del Día del Manifiesto de Independencia (<http://www.maroc.ma/en/royal-activities/hm-king-mohammed-vi-pardons-522-convicts-independence-manifesto-day>, consultado el 2 de febrero de 2016) y 466 reos más para celebrar el final del Ramadán el 5 de julio de 2016 (<http://www.maroc.ma/es/royal-activities/sm-el-rey-indulta-466-presos-por-la-fiesta-de-eid-al-fitr>, consultado el 9 de agosto de 2016). El 11 de diciembre de 2016, para conmemorar el nacimiento de Mahoma, otorgó el indulto a 465 presos (<http://www.efe.com/efe/espana/mundo/mohamed-vi-indulta-a-465-presos-por-la-fiesta-del-nacimiento-de-mahoma/10001-3121894>, consultado el 29 de enero de 2017).

¹³⁸⁵ El § 110. 11 de la Constitución iraní permite que el Líder de la Revolución islámica, el Ayatolá Seyyed Ali Jamenei, indulte: «*within the framework of Islamic criteria, on a recommendation [to that effect] from the Head of judicial power*». Por esta razón el 10 de febrero de 2016 perdonó a 1.059 presos en la víspera del 37 aniversario de la revolución islámica de 1979 y con motivo de dos ceremonias religiosas (<http://www.irna.ir/en/News/81959014/> consultado el 30 de marzo de 2016). El 29 de marzo de 2016 otorgó el indulto en la víspera del aniversario del referéndum para la instauración de la República islámica de Irán del siguiente día 31, coincidiendo con el aniversario del nacimiento de la hija santa del profeta islámico (<http://www.irna.ir/en/News/82015582/> consultado el 30 de marzo de 2016).

¹³⁸⁶ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 233-245; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 52, 86-98, 104, 389; MÜLLER-DIETZ, «Recht und Gnade», pp. 477, 480, relacionando su utilización con el aspecto humanitario y subrayando su discutible ejercicio práctico. A favor, DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 431-433, siempre que exista evaluación individual de cada expediente.

RUCKMAN, Jr., «Seasonal Clemency Revisited: An Empirical Analysis», en Annual Meeting of the Southern Political Science Association, New Orleans, 8 de enero de 2008, pp. 1-21, al analizar los indultos concedidos entre 1931 y 2008 en los Estados Unidos de América, advierte también una tendencia a que sean otorgados en mayor medida durante la época navideña, que fundamenta también en la tradición judeo-cristiana (pp. 15-17); mismo autor, «The Study of Mercy», p. 832.

¹³⁸⁷ § 16. 2 StVollzG: «*Fällt das Strafende auf einen Sonnabend oder Sonntag, einen gesetzlichen Feiertag, den ersten Werktag nach Ostern oder Pfingsten oder in die Zeit vom 22. Dezember bis zum 2. Januar, so kann der Gefangene an dem diesem Tag oder Zeitraum vorhergehenden Werktag entlassen werden, wenn dies nach der Länge der Strafzeit vertretbar ist und fürsorgliche Gründe nicht entgegenstehen*».

¹³⁸⁸ Críticos BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 175-189, incidiendo en la diferencia en la práctica de unos Estados federados y otros (en 2010, algunos Estados comenzaron a aplicarla el 21 de septiembre y su aplicación se extendió hasta el 12 de enero de 2011); MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 79, por su automatismo; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 146-147; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 44-48, 95; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 20-21, 40, 58-59, 116, quien las califica como ilegales e innecesarias, considerándolas: «*Als "echte" Gnadensachen können nur noch die Weihnachtsgnadenerlasse angesehen werden, weil sie willkürlich ohne Vorliegen von Gnadengründen erfolgen*»; «*Da sich somit irrationale Gnadenmotive bei Gnadenentscheidungen nicht ausschliessen lassen, diese aber aus rechtsstaatlicher Sicht nicht zulässig sind, ist auch insoweit die Gnade ein Fremdkörper im Rechtsstaat*».

¹³⁸⁹ FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», pp. 23-24: «*Die sogenannten Weihnachtsumnestien führen zu einer erheblichen sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von den Verurteilten, deren Strafende zufälligerweise in die Zeit um Weihnachten fällt und solchen Verurteilten,*

deviene igualmente controvertida cuando se profese una religión o se ostente una nacionalidad que establezca distintas fechas para la análoga celebración de aquellas festividades cristianas o cuando no se extienda la eventual salida anticipada para el festejo en libertad por otros motivos de celebración personal que merecerían igual justificación –como puedan ser los cumpleaños del condenado–¹³⁹⁰.

También en nuestro país se recurre actualmente al otorgamiento de este tipo de indultos concedidos por eventos extraños al hecho o acontecimientos faustos¹³⁹¹. Ello ocurre anualmente con la tradición, propia de los tiempos en que las personas se computaban por número de almas, de otorgar indultos con motivo de la festividad de la Semana Santa¹³⁹² –y así expresamente se justifica cuando aquellos indultos son otorgados¹³⁹³–. Cada año, sin excepción¹³⁹⁴, se conceden indultos a instancia de las cofradías y hermandades penitentes¹³⁹⁵.

Aunque su institucionalización no se produjo hasta el reinado de Carlos III, el germen de esta tradición puede encontrarse en la Ley 24 ya mentada¹³⁹⁶, conocida como la Ley del perdón del Viernes Santo de la Cruz, dictada por Juan II de Castilla en Valladolid en 1447 en la que expresamente se dispone, al regular las formalidad de la carta real de perdón

bei denen dies nicht der Fall ist» (p. 24). Sobre la incorrección de entenderla como una amnistía, expresamente, BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 20, 175-176.

¹³⁹⁰ HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», pp. 419-420, quien apunta que entre 1925 y 1931 se llegaron a conceder en Austria cuatro veces al año, desvinculándose de las fechas navideñas, se cuestiona si la Pascua no sería un mejor momento para aplicar estos indultos masivos en atención a las mejores condiciones de adaptación futura de los condenados.

¹³⁹¹ De hecho, ABREU J./JIMÉNEZ, J.L., «¿Son progresivos los indultos en España?», p. 17, demuestran que la probabilidad de que se conceda un indulto promovido por un hermandad o cofradía penitente es muy superior al porcentaje correspondiente a expedientes iniciados por el indultado o por el equipo técnico *ex art.* 206 CP: «*el porcentaje de indulto es mayor para aquellos solicitados por las Cofradías, respecto a los solicitados por el indultado. Pero sobre todo, es considerablemente menor si es el Equipo Técnico el que solicita el indulto (alrededor de 20 puntos porcentuales menos), lo que resalta el carácter subjetivo de estos descuentos de penas*».

¹³⁹² Al discutirse la redacción dada ulteriormente al art. 171. 13ª de la Constitución de 1812, VILLANUEVA, Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, núm. 378, sesión del 15 de octubre de 1811, p. 2085 data la tradición: «*En todos los reinos católicos, desde tiempos muy remotos, ha estado como consagrada la costumbre de perdonar algún reo en la Semana Santa. Esto ya lo practicó el Emperador Justiniano; España conoce este uso desde los godos; adoptáronle después de los Reyes de León y Castilla, y D. Juan el II fijó esta ceremonia en el Viernes Santo*».

¹³⁹³ A título de ejemplo me remito a las Referencias del Consejo de Ministros de 27 de marzo de 2015, 11 de abril de 2014, 4 de abril de 2014, 22 de marzo de 2013, 15 de marzo de 2013, 30 de marzo de 2012, 23 de marzo de 2012, 8 de abril de 2011 o la conferencia de prensa del vicepresidente primero y portavoz del Gobierno después de la reunión del Consejo de Ministros de ese mismo 8 de abril de 2011. En la Referencia del Consejo de Ministros fechada el 18 de marzo de 2016, expresamente se justifica la concesión de trece indultos «*con motivo de la festividad de Semana Santa*». En relación con la Semana Santa de este año, la Referencia del Consejo de Ministros, tras la celebración de su reunión de 7 de abril de 2017, anunciaba la concesión de: «*siete Reales Decretos por los que se conceden igual número de indultos con motivo de la festividad de Semana Santa. Tradicionalmente, las cofradías de penitentes solicitan esta medida de gracia para aquellos reos del ámbito de su provincia que cumplen los requisitos de cualquier indulto ordinario, en los que concurren razones de justicia, equidad o utilidad pública*».

Vid. BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 19-20, 211-212. Según las entrevistas que BADULES IGLESIAS realiza y analiza, la mayoría de los entrevistados comparte que es una tradición puramente retórica que debe mantenerse mientras no sea reclamado un cambio por la mayoría social.

¹³⁹⁴ BELMONTE BELDA, «Los indultos de Semana Santa son sagrados».

¹³⁹⁵ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 178, concluye que resulta un contrasentido proscribir la iniciativa popular *ex art.* 87. 3 CE y permitir la propuesta por las cofradías.

¹³⁹⁶ Vid. nota al pie 1371.

para que fuera válida: «Y mandamos, que en los dichos perdones se tenga esta forma: que todos los perdones, que Nos hubiéremos de hacer en cada año, se guarden para el Viernes Santo de la Cruz (...) y la Semana Santa de cada año nos haga cumplida relación de cada perdón que nos fuera suplicado» (Novísima Recopilación, Libro XII, Título XLII, Ley II, cuya nota 1 de dicho Título refiere el Acuerdo de la Cámara de 30 de marzo de 1757 sobre el número y calidad de causas que han de remitir las Chancillerías y Audiencias para los indultos de Viernes Santos).

Ulteriormente, ya en 1759, tras una epidemia de peste fue concedida una prerrogativa real por Carlos III a la Cofradía malagueña de Nuestro Padre Jesús Nazareno “El Rico” y María Santísima del Amor, en virtud de la cual «cada año, durante la procesión de “El Rico” se le concediera la libertad a un recluso»¹³⁹⁷. Por ello, en los Reales Decretos de indulto se hace constar que se concede «en virtud de exposición elevada en cumplimiento del privilegio otorgado por el Rey Carlos III a la Cofradía de Nuestro Padre Jesús el Rico»¹³⁹⁸. A modo de ejemplo, nos remitimos a los Reales Decretos 239/2014, de 4 de abril (BOE núm. 89, de 12 de abril de 2014), 251/2015, de 27 de marzo (BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2015) y 118/2016, de 18 de marzo (BOE núm. 68, de 19 de marzo de 2016), dictados respectos de los tres años anteriores. Sorprendió que en la Semana Santa de 2017 no se mantuviera una tradición tan arraigada. La denegación del indulto propuesto por la mentada cofradía fue justificada por los delitos por los que había sido condenado el preso respecto del que se elevó la propuesta (estafa y falsedad cometidos por un empleado del ayuntamiento). Sin embargo y tras rechazarse que, para mantener la tradición, se celebrara la procesión con un condenado que pudiera acceder a la libertad condicional o el tercer grado, el Ministro de Justicia se comprometió a tramitar otro indulto en el plazo expedito de un mes¹³⁹⁹.

Al margen de las tachas que puedan plantearse relativas a la neutralidad en materia religiosa y aconfesionalidad del Estado ex art. 16. 3 CE¹⁴⁰⁰, la justificación analizada resulta, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, motivo no lícito de concesión¹⁴⁰¹.

A efectos de la presente investigación no puede desatenderse en este ámbito de estudio, por su importancia cuantitativa, el controvertido otorgamiento masivo de indulto que se aprobó conceder en el Consejo de Ministros celebrado el 1 de diciembre de 2000, por el que el Ministro de Justicia tuvo que comparecer el siguiente 13 de diciembre de 2000 ante la Comisión de Justicia e Interior. Algunos autores discutieron su encaje constitucional en atención al art. 62. i. CE, apuntando su posible consideración como «*indulto general*

¹³⁹⁷ <http://cofradiaelrico.com/hermandad/nuestra-historia/>, consultada el 14 de abril de 2016.

¹³⁹⁸ BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 195-196, crítico con el formulismo empleado en los Reales Decretos, dada la inexistencia de ningún privilegio (ni en la proposición, ni en el otorgamiento); SILES SUÁREZ, Fiscal Jefe de Área de la Fiscalía de Área de Elche, en conversación telefónica el 4 de mayo de 2017, en el mismo sentido.

¹³⁹⁹ CODINA, E., «El Gobierno indultará a un preso en un mes para mantener la tradición centenaria de Málaga», en *El País*, 10 de abril de 2017.

¹⁴⁰⁰ GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 19-20, en relación con los 1.443 indultos concedidos en el Consejo de Ministros celebrado el 1 de diciembre de 2000; LÓPEZ AGUILAR, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 309-311; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 72-73.

¹⁴⁰¹ MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», p. 699, § 6604. En el mismo sentido, MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 49, 52-53.

encubierto»¹⁴⁰². La concesión de 1.443 indultos se justificó, precisamente, en celebrar sucesos extraños al hecho o acontecimientos faustos, tales como el hecho de que la Santa Sede hubiera solicitado la aplicación de medidas clementes en el año jubilar¹⁴⁰³, el fin del milenio¹⁴⁰⁴ o la conmemoración del aniversario de la Constitución¹⁴⁰⁵. En contestación a los reproches planteados, se adujo la tramitación singular de cada expediente de indulto¹⁴⁰⁶. El aprovechamiento de esas significativas fechas para conceder un gran número de indultos particulares habría sido, se defendió, una mera justificación temporal, dada cuenta la acumulación de irresueltos expedientes de tramitación que pendían¹⁴⁰⁷.

En la doctrina es una conclusión mayoritaria que la concesión del indulto por los denominados eventos extraños debe considerarse motivo no lícito de indulto¹⁴⁰⁸, irracional¹⁴⁰⁹, arcaico¹⁴¹⁰,

¹⁴⁰² COMAS D'ARGEMIR, M., «El indulto no deshace el delito», en *El Periódico*, 5 de diciembre de 2000; MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», p. 699, § 6604, precisión.

¹⁴⁰³ En sendas comunicaciones fechadas el 24 de julio y 3 de noviembre de 2000, solicitando un «*signo de clemencia*» en favor de los encarcelados con motivo del Año Santo.

¹⁴⁰⁴ Se advierte en la comparecencia del Ministro de Justicia tras la celebración del Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2000: «*Se dan este año unas especiales circunstancias. Es evidente que nos encontramos en el fin del milenio y, con respecto a los indultos, se han producido durante este año, y precisamente con motivo del año 2000 y del Año Jubilar, por parte de la Santa Sede dos peticiones a todos los Gobiernos, pero al Gobierno de España en dos ocasiones, tanto el 24 de julio como el 3 de noviembre pasado, para que el Gobierno de España hiciese un gesto de sensibilidad, de generosidad y de perdón hacia la reinserción con los penados, con los que cumplen penas. Y precisamente hoy, día 1 de diciembre, es el último Consejo de Ministros antes de la celebración de la conmemoración del aniversario de la nuestra Constitución*».

¹⁴⁰⁵ En la referencia del Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2000 se apunta como motivos de concesión: «*El Gobierno concede más de un millar de indultos en el aniversario de la Constitución. La medida de gracia ha sido solicitada por la Santa Sede en el Año Jubilar a todos los Gobiernos. (...) El Consejo de Ministros acordó en su reunión de hoy conceder más de un millar de indultos. Esta medida de gracia se adopta en una fecha muy significativa y coincidiendo con la celebración del último Consejo antes de la conmemoración del aniversario de la Constitución española. También coincide con la petición formulada en dos ocasiones por la Santa Sede a todos los Gobiernos del mundo en el Año Jubilar. (...) El Gobierno prevé cumplir los trámites administrativos que posibilitarán la puesta en práctica de esta medida antes de Navidad. En la concesión de esta medida el Gobierno ha tenido en cuenta dos peticiones realizadas por la Santa Sede, una del 24 de julio y otra del 3 de noviembre de 2000, solicitando un "signo de clemencia" en favor de todos los encarcelados con motivo del Año Santo para una adecuada reinserción de presos en la sociedad. Así, la Santa Sede haciéndose eco de esta solicitud, presentó al Gobierno dos peticiones de medidas de gracia para el Año Jubilar. En su escrito esta institución señala, en primer lugar, que, conforme a la legislación vigente, el Gobierno acceda "con mayor amplitud a las solicitudes de indultos formuladas por las personas penadas cuando se presenten debidamente avaladas en su rehabilitación por instancias que ofrezcan garantías de que las víctimas son reparadas debidamente". En un segundo punto insta a las autoridades correspondientes "conforme a sus responsabilidades y posibilidades, que se muestren dispuestas a conceder alguna muestra de mitigación de la pena"*».

Crítico con las razones proporcionadas, MUÑOZ BLANCO, *El indulto en España*, pp. 24-25.

¹⁴⁰⁶ GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 192-194, sobre los criterios de tramitación de aquellos expedientes; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 43.

DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 426-436, a favor de las medidas de indultos colectivos frente a los inadmisibles indultos generales puesto que, según dicho autor, en el primer caso se trata de decisiones de indulto tramitadas y valoradas individualmente, pero cuya expedición coincide en el tiempo.

¹⁴⁰⁷ ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 284-285; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 203-208.

¹⁴⁰⁸ LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1040, en el marco del ordenamiento jurídico italiano; MOLINA FERNÁNDEZ, «Extinción de la responsabilidad penal», p. 699, § 6604, lo argumenta «*debido a la prohibición constitucional de indultos generales*», lo que conlleva la consideración de

abusivo¹⁴¹¹ y atávico¹⁴¹². Dicha motivación carece de encaje posible en un Estado de Derecho¹⁴¹³.

Las críticas no son actuales, sino que fueron reflejadas incluso antes de que entrara en vigor la actual LI, en el Real Decreto de 7 de diciembre de 1866 por el que se reformaban los procedimientos sobre indultos y rehabilitaciones¹⁴¹⁴ –a pesar de que los mantuvo para el Viernes Santo, cuando se podía indultar hasta a tres reos que hubieran cometido hechos de menor reprobación social y moral ex arts. 9 y 14¹⁴¹⁵–.

La censura de dicho fundamento para la concesión del indulto ha conllevado su destierro en ordenamientos jurídicos vecinos¹⁴¹⁶. Opción que, dados los argumentos formulados contra el indulto basado en las irracionales razones festivas que se analizan, habría de poder ser igualmente acogida en nuestro sistema normativo.

| | | |
|----------|---|-------------|
| 3 | Concesión para celebrar eventos de los denominados extraños al hecho o acontecimientos faustos | No permitir |
|----------|---|-------------|

inconstitucional del «macroindulto» concedido el 1 de diciembre de 2000. En un sentido similar, GILI PASCUAL, «Artículo 130», p. 1090; LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso».

¹⁴⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, p. 828: «*Su concesión obedecía siempre a causas irracionales (elección de Papa, aniversario del Régimen, etc.)*». Sin embargo, DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 374-375, 416-417, sobre la posibilidad de efectuar una interpretación racional de estas razones.

¹⁴¹⁰ Así lo califica la Fiscalía de Elche al informar contra la concesión del indulto finalmente otorgado con motivo de la festividad de la Semana Santa en virtud del RD 122/2016, de 18 de marzo, calificándolo de iniciativa religiosa arcaica y añadiendo que la selección del indultado es arbitraria (<http://www.diarioinformacion.com/elche/2016/03/20/cristo-perdon-logra-indulto-presa/1741156.html>, última consulta, el 4 de mayo de 2017).

¹⁴¹¹ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 161, 218-220.

¹⁴¹² De este modo lo adjetiva LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 513, recordando críticamente no solo los indultos concedidos en Marruecos sino los indultos concedidos en España con ocasión de la Semana Santa.

¹⁴¹³ FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 36.

¹⁴¹⁴ Preámbulo del RD de 7 de diciembre de 1866 (Gaceta de Madrid núm. 345, de 11 de diciembre de 1866): «*No así cuando el motivo de la gracia es independiente de la voluntad del penado: faustos sucesos, por ejemplo, repetidos cada año, y varias veces en él (...). Estos indultos ha empezado a rechazarlos justamente la doctrina. En los proyectos de legislación penal presentados a los Cuerpos Colegisladores se ha propuesto su supresión, y acabarán por ser abolidos, a lo cual tiende el adjunto proyecto de decreto*».

¹⁴¹⁵ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, pp. 276-277, sobre su práctica. En contra de esta limitación numérica, MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 36-37.

¹⁴¹⁶ Ello explica la reforma operada por la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, respecto de la redacción del texto constitucional francés, cuyo art. 17, originalmente –en su redacción de 1958– era: «*Le Président de la République a le droit de faire grâce*» y que actualmente reza: «*Le Président de la République a le droit de faire grâce à titre individuel*». Antes de 2008, la fecha de 14 de julio, en la que se conmemoraba la Fête de la Fédération, aniversario de la toma de la Bastilla –considerado como el inicio de la Revolución francesa– había justificado la concesión anual de indultos. Desde 1980 habían sido tradicionalmente otorgados por los expresidentes Giscard d'Estaing, Mitterrand y Chirac, hasta la negativa de Sarkozy el 8 de julio de 2007, bajo la afirmación: «*Il n'y aura pas de grâce collective*» que supuso un punto de inflexión. Sobre la reforma constitucional que restringe el indulto a casos individuales, vid. TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 537-542. Vid. nota al pie 1152.

4.4.4. El indulto como indicador de defectos intrasistémicos

Como se expuso previamente, los defensores de la figura del indulto consideran esta medida de perdón como una válvula de seguridad, en la medida en que permitiría instituirse como un mecanismo de corrección de los déficits que hubieran sido originados por otros recursos coexistentes con aquella institución; cuando la utilización del perdón se basa en que el resto de medios, mecanismos y herramientas concurrentes en el seno del ordenamiento jurídico no han cumplido su función o la han verificado defectuosamente. El indulto se vendría a instituir como un corrector sistémico del sistema¹⁴¹⁷, como un dispositivo que vendría a anticipar las reformas necesarias a efectuar en él, permitiéndole su evolución¹⁴¹⁸. Ello explica que NERI considerase al indulto como un medio con el que satisfacer un interés ya no particular, sino general o social¹⁴¹⁹.

Recordemos que para aquellas constelaciones de supuestos donde la institución del indulto supone una corrección o enmienda de otra figura, en el seno de esta investigación se ha categorizado la finalidad del indulto como secundaria. Sin embargo, no puede desatenderse la eventual función primaria que encierra dicha sistemática corrección de defectos. Como apunta PEÑARANDA RAMOS¹⁴²⁰, el indulto podría configurarse como un indicador de los defectos intrasistémicos cuya enmienda no ha sido posible utilizando los medios, mecanismos y herramientas de los que dicho sistema se dota. En esta función de indicador, la figura del indulto ejerce una función primaria, autónoma e independiente.

Asumiendo la anterior hipótesis, podría aseverarse que siempre que un indulto es otorgado se permite la detección de una anomalía o defecto en que ha incurrido el sistema¹⁴²¹ y, bidireccionalmente, que, de no permitirse la detección de aquella disfunción a través del indulto, el sistema, falible, carecería de indicadores alternativos.

Sin embargo y a pesar de la solvencia argumental de esta reflexión, ha de rebatirse la potencial funcionalidad del indulto como indicador con base en dos contraargumentos. Si la figura del

¹⁴¹⁷ DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», pp. 363-368.

¹⁴¹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 21, señala la «función anticipadora de la reforma penal» que podía cumplir el indulto; BRAVO RIVERA, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 324-325, 334: «Muchas veces el indulto lo que sirve es también para llamar la atención sobre la necesidad de reformas legislativas del Código Penal, esa es la demostración que tiene una validez y que es necesaria» (p. 334); MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 124, destaca su papel en relación con la defectuosa legislación; MOORE, K. D., *Pardons*, p. 225: «Much of the progress in the legal system has been prompted by pardons. Pardons are being granted this very day that will have the cumulative effect of producing still further improvement in the legal system (...). Pardon is indeed a “weapon” for reform, and its firepower has yet to be directed against the most basic structural economic and racial injustices. That battle has yet to be joined».

KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», p. 67, advierte esta función, si bien su construcción la asimila a lo que denomina «Reformamnestie» que, supone, en realidad, una mera reforma legal: «Dieses Stück abschließend, muß noch auf den Anwendungsfall der Gnade als Nachvollzug eines für die Zukunft verbesserten resp. Gemilderten Strafgesetzes hingewiesen werden. So tritt Gnade regelmäßig in der Form der Amnestie (sog. Reformamnestie) auf».

¹⁴¹⁹ NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1327-1328.

¹⁴²⁰ Observaciones efectuadas por PEÑARANDA RAMOS en sendas reuniones del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, celebradas el 21 de enero y 16 de noviembre de 2016.

¹⁴²¹ ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 20.

indulto solo aparece como indicador, cuando existen otros elementos que fallan, entonces se está normalizando la institucionalización de las funciones secundarias sin advertir que, tal y como ha quedado demostrado, existen otros mecanismos alternativos más apropiados para solventar aquellas disfunciones. El Estado de Derecho asume su falibilidad y reconoce mecanismos con los que se pueden atajar dichas fallas¹⁴²².

En segundo lugar, no puede mantenerse que se carezca de mecanismos de indicación alternativos que, de hecho, producen menos tensiones y disfunciones, toda vez que sus eventuales efectos, cuando deben predicarse de una potencial generalidad, son de aplicación *erga omnes ex arts. 38 a 40 LOTC o arts. 2.2 y Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y concordantes CP*¹⁴²³.

Además de la posibilidad de que un fallo condenatorio sea revisado en virtud del sistema de recursos establecido (incluido el recurso de revisión, cuyo ámbito material ha sido recientemente ampliado), se dispone de un completo conjunto de indicadores de eventuales deficiencias que superan la potencialidad de la figura del indulto y que hacen innecesaria su utilización como señal: el planteamiento de una declaración de inconstitucionalidad (vía recurso o cuestión de inconstitucionalidad); o la oportunidad de que sea aprobada una modificación normativa¹⁴²⁴ –como resultado de acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación de un precepto (art. 4.3 CP cuya propuesta de reforma ha sido ya consignada¹⁴²⁵), después de ser planteada una propuesta de iniciativa legislativa (arts. 87 ss. CE) o tras la oportuna propuesta elevada por el Defensor del Pueblo¹⁴²⁶–. De esta forma, se produce un perfecto encaje del engranaje estructurador del sistema al aceptarse, caso de que se aprobara la modificación legislativa, la aplicación retroactiva de la ley más favorable al reo que permite la revisión de las sentencias condenatorias que pudieran ser afectadas (arts. 2.2 y Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y concordantes CP).

En conclusión, puede aseverarse que la figura del indulto como indicador de defectos intrasistémicos puede ser superada por la utilización de otros medios de detección de potenciales fallas que, en último término, provocan comparativamente menos tensiones.

| | | |
|----------|--|---|
| 4 | El indulto como indicador de defectos intrasistémicos | <ul style="list-style-type: none"> - Corrección a través de los mecanismos adecuados en función de la función secundaria de que se trate - Conjunto de indicadores: sistema de recursos (recurso de revisión); declaración de inconstitucionalidad; |
|----------|--|---|

¹⁴²² HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», pp. 123-124 señala la importancia del proceso de aprendizaje del sistema del Estado de Derecho para aprender de los errores e incorporar los mecanismos precisos para solventarlos en adelante; frente a la figura del indulto que se define por su ausencia de consecuencias futuras: «*Versuche einer Korrektur durch Gnade bleiben demgegenüber folgenlos*».

¹⁴²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1471.

¹⁴²⁴ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 212.

¹⁴²⁵ Vid. apartado 4.3.2. *El indulto como instrumento de proporcionalidad*.

¹⁴²⁶ MARKEL, «Against mercy», pp. 1432, 1463-1464, 1476-1477; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en discusión celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro».

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>modificación normativa (propuesta ex art. 4. 3 CP, iniciativa legislativa ex arts. 87 CE o propuesta elevada por Defensor del Pueblo) junto con aplicación retroactiva de la ley más favorable al condenado</p> |
|--|--|--|

4.4.5. El indulto como instrumento de necesario control, de contrapeso, como mecanismo de equilibrio entre poderes

En una forma de Estado en la que el Jefe de éste actuara como ente supremo, de controlador del resto de poderes subordinados, como cúspide de ellos y centro de todas las instituciones que rigieran la sociedad¹⁴²⁷, la figura del indulto se podría considerar como necesario instrumento autónomo de control que aquél podría utilizar para limitar y enmendar las decisiones adoptadas en el ámbito del Derecho penal¹⁴²⁸.

Asumiendo la anterior premisa, podría llegar a argumentarse que el indulto serviría como control de los potenciales errores en las leyes penales (límite al poder legislativo)¹⁴²⁹ o como revisión de los equívocos contenidos en los fallos judiciales (límite al poder judicial). Sin embargo, la bondad de la figura del indulto reside, al ser ejercitado por ese ente superior, privilegiado y preferente, en que su utilización no afecta a la eficacia de las leyes y penas, que quedaría indemne, al tiempo que la justicia quedaría satisfecha¹⁴³⁰.

Si esas teorías podrían encontrar acomodo en un Estado absolutista, se sostiene que no puede descartarse que al adentrarnos en un Estado constitucional moderno aquellos mecanismos de

¹⁴²⁷ CONSTANT, *Réflexions sur les Constitutions, la distributions des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Ed. Nicolle-Gide, Paris, 1814, pp. 2-3, lo identifica como el poder neutro: «Les trois pouvoirs politiques, tels qu'on les a connus jusqu'ici, le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général; mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entrechoquent et s'entravent, il faut une forcé qui les remette à leur place. Cette forcé ne peut pas être dans l'un de ces ressorts, ar elle lui servirait à détruire les autres; il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre en quelque sorte, pour que son action s'applique, nécessairement partout où il est nécessaire qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice et réparatrice sans être hostile. La monarchie constitutionnelle a ce gran avantage, qu'elle crée ce pouvoir neutre dans la personne d'un Roi, déjà entouré de traditions et de souvenirs, et revêtu d'une puissance d'opinion qui sert de base à sa puissance politique». Años antes, mismo autor, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, defendía la creación de un poder neutro y moderador (*préservateur*) entre el legislativo y el ejecutivo (Libro VIII, pp. 359-454), creado por interés (pp. 375-382) y al que asignar dos prerrogativas conectadas con los ciudadanos y la nación y que no podían hacerse residir en el poder ejecutivo (pp. 433, 435): el derecho de hacer gracia o conmutar las penas y el recibir peticiones de ciudadanos contra actos de autoridad (pp. 434-436). En el mismo sentido, SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», p. 1254; también ANER, Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, núm. 378, sesión del 15 de octubre de 1811, p. 2086. Nótese cómo esa cualificación moderadora del poder real se proyectó expresamente, por ejemplo, en el Estatuto Real de 1834, en el que la potestad real se presentaba como «suprema moderadora, para impedir contrastes violentos entre los brazos del Cuerpo Legislativo, y mantener en su fiel la balanza».

¹⁴²⁸ PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», pp. 267-269.

¹⁴²⁹ HAASE, «"Oh my darling clemency"», p. 1287, en el sistema estadounidense, lo asemeja al veto presidencial a las decisiones del Congreso.

¹⁴³⁰ PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 269.

control se mantengan¹⁴³¹; simplemente mutaría la base legitimadora de su existencia. Aunque aquellos límites no se proyectarían solo en la figura del indulto –que vendría a acompañarse en este campo por la inmunidad de los parlamentarios¹⁴³², su indemnidad, el régimen de los aforamientos, la inviolabilidad real, el establecimiento de autorizaciones especiales¹⁴³³ o el Decreto-Ley¹⁴³⁴–, en lo que a aquélla afecta, se trataría de una limitación de los poderes judicial y legislativo, ejercida por el poder ejecutivo. BACIGALUPO ZAPATER concluye, al respecto, que el mantenimiento de antiguos límites en el constitucionalismo «*se puede explicar, por lo tanto, por la necesidad de equilibrio entre los poderes del Estado*»¹⁴³⁵.

En un Estado en el que existe una separación o división de poderes es necesario mantener un equilibrio entre ellos, un sistema de contrapoderes¹⁴³⁶ que asegure que ninguno alcance el carácter de absoluto o ilimitado¹⁴³⁷ y, en definitiva, preferente. El proceso de división se ayuda estructuralmente de «*un meticuloso sistema de límites y controles entre diversos órganos del Estado*»¹⁴³⁸.

En esa imprescindible preservación del régimen armónico y en atención a la mitigación o evitación de abusos por parte de los poderes estatales, se señala al indulto como instrumento de distribución y equilibrio de las fuerzas entre ellos, también en el seno de un Estado constitucional¹⁴³⁹. Esta asignación se apunta con notas de principalidad y autonomía y, sobre todo, con independencia de las razones últimas que puedan justificar su concesión al caso concreto –las potenciales funciones secundarias que pudiera aquél ejercer–.

Toda vez que ninguno de los tres poderes del Estado puede alcanzar su absolutidad, deben incorporarse esos controles y compensaciones que permitan restringir los intentos de tender a la ilimitación singular y, por tanto, preponderancia de uno de ellos¹⁴⁴⁰. No ya para alcanzar un estado de reposo o inactividad, sino para que puedan acompasarse con un movimiento acorde –de común acuerdo–¹⁴⁴¹.

¹⁴³¹ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», pp. 11-13, 15-18, 29.

¹⁴³² CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 99-118; RUIZ ROBLEDO, «Indultos inconstitucionales», pp. 2-3: «*la inmunidad de los diputados y senadores, otra tradicional excepción al monopolio que tienen los tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*».

¹⁴³³ Es el caso del polémico § 104 a StGB respecto de los delitos contra naciones extranjeras –entre los que figura el delito por insultar a órganos y representantes de Estados extranjeros (§ 103 StGB)–.

¹⁴³⁴ MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 292. Siguiendo a LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso»: «*Las excepciones a la separación de poderes sólo pueden ser, por ello, extraordinarias, previstas en la Constitución y controlables. Son esencialmente dos: el decreto-ley y el indulto*».

¹⁴³⁵ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 15.

¹⁴³⁶ TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 522-530.

¹⁴³⁷ DÍAZ GUEVARA, «Fundamentación ius filosófica de la inconstitucionalidad del indulto a procesados», p. 2.

¹⁴³⁸ Vid. VELASCO CABALLERO, «El control del indulto: entre gobierno y justicia», en *El Derecho*, Revista de Jurisprudencia, núm. 1, marzo de 2014, pp. 4-5.

¹⁴³⁹ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 13, 41-42, 200, defiende a la clemencia como un instituto para comprender el equilibrio de los poderes en un Estado de Derecho.

En contra, NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, p. 7, para quien el indulto supone una contradicción con el esquema de poderes previsto en la CE.

¹⁴⁴⁰ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 15.

¹⁴⁴¹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, p. 254.

Asumiendo las precedentes hipótesis, se llega a la conclusión de que, en un primer estadio, el indulto asumiría la función primaria de que el poder ejecutivo pueda, en lo que a la ejecución de las sentencias se refiere, limitar e interferir en las labores propias del poder judicial para dejar a éste, en este punto, contrarrestado y evitar los supuestos abusos que pudiera cometer. La figura del indulto se identificaría como un contrapeso, un necesario mecanismo para mantener el equilibrio entre estos dos poderes¹⁴⁴².

Sin valorar o tomar posición sobre la legitimidad del sistema actual de interferencias intrapoderes y sobre si su estructura y regulación actuales deben ser mantenidas, debe señalarse una serie de fallas que impiden mantener la proposición formulada y que desvelan a la figura del indulto como una mera interferencia –sin que se pueda constatar su restricción al control efectuado por el poder ejecutivo respecto del judicial– y no como un ineludible mecanismo de contrapeso o control.

En primer lugar, porque si se tratase de tal limitación, tras la supuesta corrección efectuada por el poder ejecutivo no sería posible (o carecería de sentido) un nuevo pronunciamiento del poder judicial que volviera a inclinar la *balanza de fuerzas* a su favor¹⁴⁴³. La figura del indulto habría permitido, adoptando las hipótesis que aquí se analizan, que la intromisión del poder ejecutivo en el judicial equilibrara las fuerzas entre ellos. Si ello fuera así, no habría de ser permitido ningún ulterior pronunciamiento del poder judicial que nuevamente hiciera tender las fuerzas a favor de éste. Ello supondría, efectuado el análisis en este segundo punto temporal, alcanzar y permanecer en una situación de desequilibrio que precisamente el indulto habría querido neutralizar. Sin embargo, hoy no puede cuestionarse que una decisión de indulto sea susceptible de control por el poder judicial¹⁴⁴⁴ (bien en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa, bien incluso en sede penal¹⁴⁴⁵) o que el Tribunal Constitucional puede fiscalizar, dentro de su ámbito competencial, las decisiones sobre el indulto, pudiendo concluir la posible inconstitucionalidad de la resolución.

Adicionalmente, debe apuntarse que un análisis práctico de la utilización del indulto demuestra que a esta figura no se le asigna tal labor de freno de abusos cometidas por parte del poder judicial, sino para un amplio catálogo de funciones que en este capítulo se analizan. Los eventuales abusos que pudieran cometer los órganos judiciales no son, en caso alguno, resueltos por la figura del indulto sino por la propia exigencia de responsabilidad de conformidad con los arts. 405 ss. LOPJ, pudiendo serles exigida responsabilidad penal en caso de comisión de una conducta incardinable en el delito de prevaricación (ex arts. 446 a 449 CP).

El análisis de aquellas funciones para las que sí es utilizada la figura del indulto demuestra que tampoco puede mantenerse que aquella institución se constituya como el necesario mecanismo de contrapoder que el poder ejecutivo ejerce respecto del poder judicial. Ello, porque, en un segundo estadio, otra de las funciones que se pretende asignar a la figura del indulto se produce en escenarios donde la figura del perdón se dirige a remendar legislaciones

¹⁴⁴² SCHENKE, «Rechtsschutz gegen Gnadenakte», pp. 590-591.

¹⁴⁴³ HAASE, «"Oh my darling clemency"», p. 1301.

¹⁴⁴⁴ Vid. *sección 6.3. El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*.

¹⁴⁴⁵ ATS de 20 de enero de 2016.

imperfectas¹⁴⁴⁶. En estos escenarios y asumiendo la hipótesis de partida, habría de también considerarse como mecanismo de control del poder legislativo. Sin embargo, ese desdoblamiento, ¿no implicaría legitimar, en este concreto punto, a la figura del indulto como un instrumento de preponderancia a favor del poder ejecutivo respecto de los otros dos poderes?

A mayor abundamiento, la cualificación como *necesario* que pretende adjetivar al indulto como contrapeso, también es discutible. El poder judicial, sin la figura del indulto, no queda desbocado, no carece de cotos, sino que, por el contrario, su labor queda definida justamente por la asunción de un límite inexcusable (la redacción del texto de la ley y la contención en ella de líneas insoslayables) que le ha sido impuesto por otro poder, el legislador. En su labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ha de respetar el principio de legalidad¹⁴⁴⁷ (art. 9.3 CE), so riesgo de incurrir en responsabilidad, incluso personal¹⁴⁴⁸.

Las razones expuestas confirman que las premisas que pretendían justificar la utilización de la institución del indulto como instrumento de necesario control no pueden ser mantenidas y que, por tanto, la finalidad primaria que se apuntaba no puede acogerse.

| | | |
|---|--|---------------------------|
| 5 | El indulto como instrumento de necesario control, de contrapeso, como mecanismo de equilibrio entre poderes | No susceptible de acogida |
|---|--|---------------------------|

4.4.6. El indulto por razones políticas

La figura del indulto nunca fue ajena al hecho de que su utilización persiguiera fines guiados por la utilidad pública o conveniencia social; como un instrumento a disposición de los asuntos públicos¹⁴⁴⁹, políticos¹⁴⁵⁰. La propia literalidad de la LI así lo recoge expresamente, incorporando aquellas expresiones tanto en su Exposición de Motivos como en su art. 11. No extraña, siendo un extremo reconocido, que un instrumento en manos del poder ejecutivo

¹⁴⁴⁶ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, p. 267.

¹⁴⁴⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», pp. 120-123, 146, sobre el canon de tipicidad o de vinculación del juez a la ley penal, destaca como uno de sus pilares, además de la seguridad jurídica del ciudadano: «la autoría parlamentaria de la definición de los delitos y las penas».

¹⁴⁴⁸ STS de 11 de diciembre de 2001.

¹⁴⁴⁹ LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 19; TEITEL, *Transitional Justice*, p. 57.

¹⁴⁵⁰ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 345-346, 452-482; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 13-15, 42-43; OSTOS MOTA, «El indulto», p. 1068; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 11-12, 18-19, 187, respecto de la primera función que anuda a las figuras de clemencia, las considera genéricamente como instrumentos políticos o de acción política.

DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», p. 45, destacan el carácter político de la institución, dado que es el poder ejecutivo quien decide sobre ella. En ese sentido, BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 45, 182, sobre el carácter eminentemente político de la institución (y no tanto exclusivamente jurídico o técnico); ROBLES FERNÁNDEZ, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 257.

En contra, PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», p. 57: «El indulto particular, a diferencia de la amnistía, no debería responder a criterios políticos, por lo que no puede calificarse propiamente como un acto de dirección política»; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 37, 41, sobre la inadmisibilidad de indulto por motivos meramente políticos.

pueda ser utilizado como parte de realización de sus políticas en sentido general¹⁴⁵¹. Es por ello que en este epígrafe se comprende el análisis de aquellas funciones que, en la práctica, responden a la consecución de dichos propósitos políticos –entendiendo el concepto de política en el sentido tradicional de la buena y adecuada dirección del bien común (de la *Polis*)¹⁴⁵²– y por sistematicidad se distinguirá entre: **(i)** motivaciones militares; **(ii)** razones electorales y de cercanía; y **(iii)** fines políticos en sentido estricto.

4.4.6.1. El indulto por razones militares

Como señala TOMÁS Y VALIENTE, si se efectúa un análisis histórico¹⁴⁵³, se puede comprobar que, en ocasiones, los indultos se orientaban a la consecución de un fin guiado por motivaciones militares, tales como el que se otorgaba «a los malhechores que fuesen a luchar contra los moros en lugar fronterizo» en las Cortes de Toledo de 1480¹⁴⁵⁴; para luchar «contra los turcos»¹⁴⁵⁵; con la condición de servir en el ejército para combatir «a los enemigos de la integridad de la patria»¹⁴⁵⁶; para recuperar a los desertores para repoblar el ejército¹⁴⁵⁷; o sencillamente para no perder vasallos del Reino frente a desercciones o prófugos¹⁴⁵⁸. Así se destaca expresamente en el Real Decreto de 7 de diciembre de 1866, que precedió a la actual LI.

El Preámbulo del citado Real Decreto de 7 de diciembre de 1866, rezaba: «Una brigada de penados, o muchas [veces], un presidio entero puede tomar parte, con riesgo de las propias vidas, en un lance comprometido de guerra, en una campaña gloriosa, como la reciente todavía de África, en precaver los estragos de un naufragio, de un incendio, de

¹⁴⁵¹ MORISON, «The politics of grace», pp. 113-114.

¹⁴⁵² KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», p. 57.

¹⁴⁵³ Vid. apartado 3.2. *La raíz divina de la potestad de indultar. La semilla absolutista de la figura.*

¹⁴⁵⁴ LÓPEZ BARRA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1453; TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», p. 481.

Ley IV, Título XLII, Libro XII de la Novísima Recopilación, promulgada por los Reyes Católicos en Toledo, Ley núm. 91 de 1480 sobre inteligencia de los privilegios otorgados sobre el perdón de sus delitos a los reos que sirvieren en algunos lugares por cierto tiempo, por la que se decreta que no se conceda la remisión o el perdón «salvo si el lugar de la frontera de moros, donde fuere á servir, estuviere quarenta leguas ó mas allende del lugar donde cometió el delito ó delitos de que quiere haber perdón por razón del dicho servicio». A este motivo dedica ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 144-146 una crítica reflexión, al tiempo de analizar un indulto concedido «por los servicios prestados contra los moros fronterizos, que se recompensaron con largueza a los compañeros de infortunio del agraciado».

¹⁴⁵⁵ Amnistía decretada por el Bando promulgado en Roma el 31 de octubre de 1715: «por el qual se perdonan todos los delitos a todos los Vandidos que quisieren alistarse al servicio de la República de Venecia en la Guerra contra el Turco» (Gaceta de Madrid núm. 48, de 26 de noviembre de 1715).

¹⁴⁵⁶ Decreto de 24 de diciembre de 1870 (Gaceta de Madrid núm. 359, de 25 de diciembre de 1870) condiciona el otorgamiento del indulto a su integración en el ejército de la isla de Cuba «por todo el tiempo que durare la actual campaña», exponiendo que «el servicio patriótico que ofrecen prestar yendo a combatir en la isla de Cuba a los enemigos de la integridad de la patria es un indicio más de su moral regeneración que les habilita para el nombre servicio de las armas». La «relación de los confinados a quienes en virtud de lo dispuesto por decreto de esta fecha se les indulta del resto de sus condenas personales a condición de que sirvan en el ejército de Ultramar todo el tiempo que dure la actual campaña» se publicó por Decreto de 1 de diciembre de 1870 (Gaceta núm. 341, de 7 de diciembre de 1870).

¹⁴⁵⁷ MOORE, K. D., *Pardons*, p. 51; WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 182.

¹⁴⁵⁸ Motivo recurrente por el que se concedían indultos generales a desertores. Por ejemplo, así expresamente se recoge en el indulto general otorgado el 5 de marzo de 1765 (Gaceta de Madrid núm. 10, de 5 de marzo de 1765).

una inundación: el presidio entero, todos los que han tomado parte pueden ser indultados sin contravención a la conveniencia pública ni a la justicia».

Acudir a la figura del indulto para engrosar las filas de un determinado ejército o utilizar a presos que se indultaba con fines militares (*Frontbewahrung*¹⁴⁵⁹) fue una práctica frecuente, empleada también durante los movimientos insurreccionales carlistas¹⁴⁶⁰, encontrándose trazas de dicho proceder no solo históricamente¹⁴⁶¹, sino en episodios recientes como lo demuestra su uso generalizado en el entorno internacional (también por parte de los Estados Unidos de América durante la guerra de Vietnam¹⁴⁶²). Dada la reiteración de uso, cuenta, incluso, con reflejo cinematográfico¹⁴⁶³.

La utilización militar del indulto también se reflejaba en su vertiente opuesta: la imposibilidad de otorgar indulto a aquellos que estuvieran condenados a galeras para poder mantener la dotación humana al servicio de aquellas embarcaciones¹⁴⁶⁴. La imposibilidad de obtener el indulto cuando se había condenado a galeras no fue absoluta e, históricamente, sí se encuentran excepciones basadas en el utilitarismo para que los sentenciados efectuaran trabajos forzosos en otros contextos de igual dureza. Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la explotación de las minas de Almadén en el siglo XVI, donde se emplearon, gracias a indultos

¹⁴⁵⁹ Dada la reiteración de su práctica, se llegó a acuñar un término alemán que describía el indulto otorgado para estos fines: «*Frontbewahrung*» (también «*Begnadigung zum Frontdienst*» o «*Begnadigung zur Frontbewahrung*»). ALTENDORF, *Der Transport*, Ed. Georg Westermann, Braunschweig, 1959, p. 70: «*Der beste Weg, eine Vollstreckung zu verhindern, ist die Begnadigung zur Frontbewahrung*»; BOEKHOFF (Dir.), «*Der Transport*», en Westermanns Monatshefte, núm. 102, cuaderno 8, agosto de 1961, p. 106, en el anuncio sobre la adaptación al cine de aquella novela de ALTENDORF ambientada en marzo de 1945: «*Die Russen stehen an der Oder – die Amerikaner in der Eifel. Das Oberkommando der deutschen Wehrmacht mobilisiert die letzten Reserven – auch in den Gefängnissen und Zuchthäusern. 60 Häftlinge einer Wehrmachtsstrafanstalt sollen dem Strafbataillon 500 zugeteilt werden. „Begnadigung zum Frontdienst“ heißt die offizielle Version. „Todesurteil“ nennt es der Haufen verzweifelter Männer –politische und kriminelle Häftlinge, Deserteure, Einbrecher, Befehlsverweigerer, Totschläger, Andersdenkende*».

¹⁴⁶⁰ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 150-151: «*No sabemos cómo sucede esto, pero vemos repetidamente motivada la gracia de indulto en servicios contra los carlistas*» (p. 151); RÚJULA LÓPEZ, *Contrarrevolución. Realismo y Carlismo en Aragón y el Maestrazgo, 1820-1840*, Ed. Universidad de Zaragoza, 2011, pp. 443-444.

¹⁴⁶¹ BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 55-56, 197, incluyendo la propuesta de JOVELLANOS, en nombre de la Sala de Alcaldes, a Carlos III (pp. 55-56); MANTECÓN MOVELLÁN, «*Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII*», pp. 71-72, 75-76; SEBBA, «*Clemency in Perspective*», p. 224.

¹⁴⁶² ALLER, «*Ley núm. 19.172 de marihuana y sus derivados, control y regulación del estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución*», ponencia en Seminario Permanente de Derecho Penal, Fundación José Ortega y Gasset - Gregorio Marañón, 1 de febrero de 2016; MOORE, K. D., *Pardons*, p. 81.

¹⁴⁶³ Película «*The Dirty Dozen*», traducida al castellano como «*Doce del patíbulo*», dirigida por ALDRICH y estrenada en los Estados Unidos de América el 15 de junio de 1967; o «*Der Transport*», dirigida por ROLAND, adaptando la novela de ALTENDORF –vid. nota al pie 1458–, y estrenada en Alemania en julio de 1961.

¹⁴⁶⁴ Como ejemplo, la Ley VI, del Título XLII, Libro XII de la Novísima Recopilación, promulgada por Felipe IV en Madrid a 13 de octubre de 1639 sobre la absoluta prohibición de indultos de los sentenciados y condenados a galeras.

KOBIL, «*The quality of mercy strained*», p. 589; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1454; MANTECÓN MOVELLÁN, «*Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII*», p. 62; MEYER, «*The Merciful State*», p. 64.

Expresamente en contra de dicha práctica, MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 38.

basados en conmutaciones de penas, a reos físicamente resistentes que previamente habían sido condenados a galeras¹⁴⁶⁵.

Sin embargo, los arts. 3 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, su traslación a los arts. 15 y 25 CE –también a la redacción dada a los arts. 1, 3 y 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea– y el paso de un ejército de leva obligatoria al modelo de profesionalización militar vigente, impiden ya que, quienes se hayan presos, puedan ser utilizados para engrosar las filas de un ejército tras la promesa de una concesión segura del beneficio de indulto de aceptar ir al frente.

| | | |
|------|--|---------------------------|
| 6. 1 | El indulto otorgado por motivaciones militares | No susceptible de acogida |
|------|--|---------------------------|

4.4.6.2. El indulto otorgado por razones electorales y de cercanía

Adicionalmente a aquel uso finalista militar analizado en el precedente apartado, un estudio empírico de la figura demuestra que una institución que depende de los dictados del gobierno, no ha estado exenta de aparecer como instrumento electoral o de favorecimiento a allegados, familiares, afines o protegidos¹⁴⁶⁶.

De esta forma, la institución no ha podido dejar de mezclarse «con impurezas del favor»¹⁴⁶⁷; llegándose a definir como un «arma política más»¹⁴⁶⁸ o como un «vehículo de impunidad política»¹⁴⁶⁹.

Dejando al margen los controvertidos casos de *quid pro quo*, de concesión de indulto a cambio de rédito electoral directo¹⁴⁷⁰, el indulto se instrumentaliza también electoralmente debido al

¹⁴⁶⁵ TOMÁS Y VALIENTE, «Delincuentes y pecadores», pp. 12-17: «Eran hombres ya juzgados y con sentencia firme condenatoria a la pena de galeras por unos años (...). Con este asiento obtienen la ventaja de, en lugar de ir a galeras, cumplir la condena no al remo, sino en las minas de Almadén» (p. 12); «En todos los casos la condena inicial fue a galeras, sustituida después por la pena en Almadén» (p. 14); «No se elegía a los más gravemente penados para ir a la mina, sino, probablemente a los más robustos, a los físicamente más resistentes» (...) «el sentido utilitario de la condena, me conducen a la convicción de que el criterio de la fortaleza y el de la edad, más que el de la gravedad de las penas, fue el utilizado para designar a los galeotes de Almadén» (pp. 16-17). La lógica consecuencialista que guiaba su concesión era similar a aquella que estuvo detrás de los indultos a esclavos para que sus dueños no vieran dañado su patrimonio, vid. WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 169.

¹⁴⁶⁶ VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 11; BUSTOS GISBERT en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», pp. 44-45; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 17.

LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 43-44, considera inadmisibles los indultos utilizados en interés exclusivo del poder político; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», pp. 126, 131.

¹⁴⁶⁷ ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», p. 8. También KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 601-602.

¹⁴⁶⁸ HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, p. 141.

¹⁴⁶⁹ NAVARRO CASILLAS, Diario de sesiones de la Comisión de Justicia, núm. 33, sesión de 25 de mayo de 2004, p. 24. Anteriormente, muy crítico sin llegar a replicar la terminología, FERNÁNDEZ-MIRANDA Y LOZANA, Diario de sesiones de la Comisión de Justicia e Interior, núm. 562, sesión de 11 de noviembre de 1992, p. 16894.

¹⁴⁷⁰ Como quedó señalado en el apartado de la introducción de esta investigación, fue muy controvertido el indulto concedido el 20 de enero de 2001, el último día de su mandato, por el presidente de los Estados

impacto, ampliado por la cobertura mediática¹⁴⁷¹, que la opinión pública, juez supremo¹⁴⁷², ejerce respecto de determinados indultos¹⁴⁷³ (concedidos o planteados)¹⁴⁷⁴ –con movilizaciones sociales y plataformas *ad hoc*¹⁴⁷⁵–.

Si bien alcanzar ese fin electoralista se presenta de forma más decorosa que en otros países¹⁴⁷⁶, no es menos cierto que la presión mediática y popular juega un papel fundamental a

Estados Unidos de América, Bill Clinton, al multimillonario Marc Rich, por si su otorgamiento pudiera haber tenido relación con la sustancial contribución económica de la exmujer del beneficiado a la campaña política de la mujer del entonces presidente y a la fundación para la biblioteca Clinton. La concesión fue investigada por el Senate Judiciary Committee, la House Government Reform Committee y el Manhattan U.S. attorney junto con el FBI, sin que finalmente se pudiera concluir indubitadamente la relación entre el pago y la concesión del perdón. El Informe «Justice Undone: Clemency decisions in the Clinton White House, Second Report by the Committee on Government Reform, Volume 1 of 3», de la House Government Reform Committee, de 14 de mayo de 2002 (H. Rept. 107-454, vol. 1) se limitó a concluir que: «*In his rush to grant pardons and commutations in the waning hours of his presidency, Bill Clinton ignored almost every applicable standard governing the exercise of the clemency power*» (pp. 29-30). HAASE, «“Oh my darling clemency”», pp. 1288-1290, 1298; HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», p. 413, cita justamente este caso en su introducción como ejemplo de visión arbitraria de la institución.

¹⁴⁷¹ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 272; LARDNER, «The role of the press in the clemency process», pp. 179-184; MADRID PÉREZ, «El indulto como excepción», pp. 113-114; MORISON, «The politics of grace», p. 48; RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», pp. 48-49; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 61.

¹⁴⁷² AZCÁRATE, G., *El régimen parlamentario en la práctica*, Imprenta sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1931, pp. 47, 137; FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, pp. 65-67, conforme al argumento principal utilizado por el personaje del Juez Handy.

¹⁴⁷³ AGUADO RENEDO, «Espagne», p. 397; DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», p. 97; VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 11.

Vid. POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática, Génesis, desarrollo y costes*, pp. 23-29, 42-47, sobre la compleja interacción e interrelaciones entre medios de comunicación, operadores políticos y opinión pública –proceso de *agenda setting* o de establecimiento de agenda–; entre las que destaca la interrelación simbiótica, recíproca e interdependiente entre los medios de comunicación y los operadores políticos (pp. 27-28) y la consiguiente transferencia entre la agenda de los medios y la agenda política (también en cuestiones de Derecho penal) –p. 47–. También, BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 77-86, 96-99, 105, 166, 170-176, 186-189, sobre el papel de los medios de comunicación y la opinión pública en las concesiones de indulto.

¹⁴⁷⁴ Extremo reconocido en numerosas ocasiones; recientemente por el Ministro de Justicia, CATALÁ POLO, en la conferencia de prensa de la Vicepresidenta y Portavoz del Gobierno y del Ministro de Justicia, después de la reunión del Consejo de Ministros de 5 de febrero de 2016. ORTEGO PÉREZ, «El indulto controversias de su ejercicio y necesidad de reforma», p. 13.

¹⁴⁷⁵ Cuya actividad no interfiere en el veto constitucional a la iniciativa popular «*en lo relativo a la prerrogativa de gracia*» (art. 87. 3 CE), por cuanto dicho límite se refiere a la posibilidad de que dicha iniciativa popular presente proposiciones de ley.

KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 610; WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 144, 164, sobre su reflejo histórico ya en la Francia del siglo XVIII, en el que, para obtener el indulto se requería el respaldo y peticiones de notables locales.

¹⁴⁷⁶ Por ejemplo, el 30 de julio de 2015 y a tres meses de las elecciones, el Gobierno de Birmania concedió el indulto a 6.966 presos «*por el bien de la estabilidad y la paz duradera del estado, la reconciliación nacional, por principios humanitarios y permitirles la participación en el proceso político*» según informó su Ministro de Información (<http://www.efe.com/efe/america/portada/birmania-amnistia-a-6-966-presos-tres-meses-de-las-elecciones/20000064-2677028>, consultado el 1 de agosto de 2015). En Macedonia se indultaron a 56 personas en virtud de la decisión del Presidente de la República publicada en la Gaceta Oficial el 13 de abril de 2016. Todas ellas estaban relacionadas con un escándalo de unas filtraciones telefónicas que demostrarían el control gubernamental sobre jueces, periodistas y políticos de la oposición (<http://www.reuters.com/article/us-macedonia-wiretap-usa-idUSKCN0XA1ZB> consultado el 14 de abril de 2016). En el discurso ofrecido el siguiente 15 de abril de 2016 por dicho Presidente, Ivanov, se explicaba que su otorgamiento tendía a contribuir «*a superar la crisis política y aliviar las tensiones entre los oponentes políticos*» (<http://www.president.gov.mk/mk/2011-06-17-09-55-07/2011-07-19-10-40-39/3802.html>, consultado el 16 de abril de 2016–). Finalmente, y para evitar reproches de justicia selectiva, el 27 de mayo de

la hora de conceder determinados indultos¹⁴⁷⁷ y que éste, por su componente expresivo¹⁴⁷⁸, es utilizado por el gobierno de turno para cosechar una buena imagen, una apariencia clemente, o un perfil íntegro¹⁴⁷⁹, ante la opinión pública¹⁴⁸⁰; rol que no puede marginarse en el presente estudio, pero cuyo encaje en un Estado de Derecho se descarta como justificación legítima de concesión¹⁴⁸¹.

Lo anterior explica dos patrones de comportamiento que se advierten regularmente en las decisiones de los titulares de la competencia para otorgar o denegar indultos y que implica que: **(1)** El número de concesiones se incrementa cuando se conoce el momento en que la persona concreta abandonará el cargo y se aproxima dicha fecha¹⁴⁸², por el riesgo reputacional que este tipo de decisiones conlleva¹⁴⁸³. Como un reciente ejemplo que puede resultar ilustrativo, se encontraría OBAMA, expresidente de los Estados Unidos de América quien, en la última etapa de su mandato ha acordado más conmutaciones que los once anteriores presidentes juntos¹⁴⁸⁴. **(2)** Como han demostrado JIMÉNEZ, J. L. y ABREU, J., a través del correspondiente modelo econométrico, los políticos no otorgan indultos en épocas de elecciones¹⁴⁸⁵.

2016 fueron revocados 22 de esos 56 indultos, concedidos a políticos (<http://www.president.gov.mk/mk/2011-06-17-09-55-07/2011-07-19-10-40-39/3821.html>, consultado el 30 de mayo de 2016) y finalmente se anularon todas las concesiones el 6 de junio de 2016 (<http://www.president.gov.mk/mk/2011-06-17-09-55-07/2011-09-03-11-41-54/3830.html>, consultado el 7 de junio de 2016).

En la España del siglo XIX, BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 177-178, advertía de esta circunstancia.

¹⁴⁷⁷ FANEGA, «El indulto», p. 116; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», p. 830; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 59. Crítico, MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 70.

El Ministro de Justicia, CATALÁ POLO, adelantaba el 25 de agosto de 2015 la concesión del indulto a JH no ya en atención a sus circunstancias personales, sino por la concurrencia de «*circunstancias sociales relevantes*». Después de estas declaraciones y todavía aún no concedida la medida de gracia, el propio Presidente del Gobierno anunció su otorgamiento. Ulteriormente y tras la potente cobertura mediática de este caso, fue concedido el indulto en virtud del RD 781/2015, de 28 de agosto (BOE de 31 de agosto de 2015), a dos meses de que se acordara la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de las elecciones generales que tuvieron lugar el 20 de diciembre de 2015.

¹⁴⁷⁸ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en entrevista concedida el 19 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 229.

¹⁴⁷⁹ MOORE, K. D., *Pardons*, p. 227, adelantó un cambio de paradigma en relación con las virtudes a proyectar por un líder del gobierno, superándose la clemencia a favor de la integridad. En este sentido, BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency», pp. 13-14; KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», p. 37; LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 202, 216; NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 5; ROBLES FERNÁNDEZ, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 259; y TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», p. 515.

¹⁴⁸⁰ BECA FREI, «Indulto particular», p. 494; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 203-204.

¹⁴⁸¹ WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, p. 53.

¹⁴⁸² BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», pp. 827-828; BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency», pp. 6-7; KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», pp. 54-55, hace residir dicho patrón de comportamiento en el valor expresivo de las decisiones de perdón; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», p. 126; NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 90-91; SARAT, *Mercy on trial*, pp. 2, 34, 116-117.

¹⁴⁸³ BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», pp. 820-824; BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency», pp. 15, 26; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», pp. 126, 130; OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», p. 838; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», pp. 821, 832.

¹⁴⁸⁴ OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», pp. 813, 824, 837.

¹⁴⁸⁵ JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy», pp. 81, 92-93, 96, 99: «*election periods are not a good time for pardons. In fact, politicians tend to grant most pardons halfway through their*

Adicionalmente y en relación a lo inmediatamente anterior, tampoco puede considerarse como un evento extraño que los gobiernos, opacamente¹⁴⁸⁶, hayan efectuado un uso partidista e impropio¹⁴⁸⁷ de la institución, utilizándolo para eximir de responsabilidad penal a sus miembros¹⁴⁸⁸, «sus amigos o partidarios»¹⁴⁸⁹ o «correligionarios»¹⁴⁹⁰, en función de valimientos¹⁴⁹¹.

Si bien se ha respetado higiénicamente lo dispuesto en el art. 102. 3 CE¹⁴⁹² que, con carácter más restrictivo que en regímenes constitucionales como el griego¹⁴⁹³, impide la *autoconcesión* de la medida de gracia¹⁴⁹⁴ no pueden quedar desatendidos dos factores:

(i) que se ha efectuado un uso grosero de la figura del indulto para favorecer las concesiones de indulto respecto de los delitos contra la administración, delitos que tienen directa relación «con el ejercicio de un cargo público», llegando a ser éstos los que reciben mayores concesiones en términos relativos¹⁴⁹⁵; y

mandates, probably due to the public concern that pardons generate» (p. 96); mismos autores, «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», p. 5; ABREU J./JIMÉNEZ, J.L., «¿Son progresivos los indultos en España?», p. 17.

¹⁴⁸⁶ DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», p. 110, nota 39.

¹⁴⁸⁷ WALKER, «The quiddity of mercy», p. 32, dentro del grupo de las causas impropias de concesión, dicho autor distingue: «1. Personal gain, such as a bribe; 2. Favouritism, whether friendly, religious, political or ethnic; 3. A whim or mood of the moment; 4. Superstition: for example “Christmas sentencing”».

¹⁴⁸⁸ En el denominado caso MATESA (Maquinaria Textil del Norte de España, S.A.) tres ministros relacionados con el procedimiento seguido por la supuesta comisión de delitos monetarios en los créditos otorgados por Banco de Crédito Industrial, quedaron comprendidos en el indulto general otorgado en virtud del Decreto 2326/1971, de 23 de septiembre, por el que se concede indulto con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado, sin que fueran sometidos a enjuiciamiento.

¹⁴⁸⁹ PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», p. 66; QUERALT JIMÉNEZ, «¿No habrá más indultos para los corruptos?»; mismo autor, «El “Caso Liaño”, Indulto no, gracias»; LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 510; NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 2-3; en igual sentido, VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 11: «además de ser, cada vez más, una vía para eludir la pena de quienes ejercen el poder político o económico o de los encargados de ejecutar sus instrucciones. (...) los delitos más frecuentemente indultados son los concernientes a la administración pública»; MOORE, K. D., «Pardon for good and sufficient reasons», p. 285, los considera un abuso; WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 169-170, 184-185.

¹⁴⁹⁰ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 480-482; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 57-58.

¹⁴⁹¹ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, p. 194; MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», p. 74, sobre su práctica ya en el siglo XVIII.

Razón por la cual presentaba sus reticencias DEL RÍO al discutir la redacción del art. 102 de la Constitución de 1931 (Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, núm. 76, sesión de 18 de noviembre de 1931, p. 2426).

¹⁴⁹² Limitación que se encuentra similar en nuestra tradición constitucional. Así ya en el art. 73. Sexto y 90 de la Constitución de 1869.

¹⁴⁹³ El art. 47. 2 de la Constitución de la República Helénica permite que el Presidente indulte a un ministro si se recaba el consentimiento del Parlamento.

¹⁴⁹⁴ MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 38-42, sobre la prohibición del autofavorecimiento o autoconcesión (en el seno de las amnistías); BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, p. 95.

¹⁴⁹⁵ BELMONTE BELDA, «Los indultos de Semana Santa son sagrados»; misma autora, «227 indultos a condenados por corrupción desde 1996», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 19 de abril de 2017 (<http://www.elindultometro.es/2017/04/19/indultos-por-corrupcion.html>, consultado el 19 de abril de 2017); BELMONTE BELDA/ELOSUA TOMÉ, Juan, «Indultos vs. Condenados», en *El Indultómetro*, 30 de junio de 2013

(ii) que, en ocasiones, la razón última de concesión ha sido la materialización de la mera asunción de una determinada voluntad ministerial¹⁴⁹⁶. De esta forma, el advertido riesgo de que la concesión de indultos respondiera a «una compasión indiscreta y ya intolerable»¹⁴⁹⁷ y a «afectos innobles y mezquinos»¹⁴⁹⁸ ha sido, en la práctica, concretado de forma reiterada¹⁴⁹⁹. Ello trasluce la real inseguridad de la institución que pretende corporeizarse cual válvula de seguridad.

Según las cifras de los indultos concedidos durante el periodo 2007-2012, el impacto relativo de la figura del indulto en las sentencias condenatorias por delitos cometidos por funcionarios contra la libertad individual, prevaricación de funcionarios públicos y malversación tuvo una gran significación, correspondiendo al 5,77%, 2,46% y 2,05% respectivamente¹⁵⁰⁰. De los once indultos concedidos el 10 de febrero de 2017, seis de ellos se refieren a una misma causa en la que se había condenado por la comisión de un delito de prevaricación con carácter continuado (y en cinco de los casos, por un delito de falsedad en documento oficial)¹⁵⁰¹. Asumiendo los criterios apuntados por DOVAL PAIS y ante la ausencia de una categoría que englobe los «delitos de corrupción»¹⁵⁰², nada obsta para entender que estos seis indultos están referidos a causas de corrupción pública¹⁵⁰³,

(<http://www.elindultometro.es/2013/06/30/relatividad.html>, última consulta el 1 de abril de 2017); DE CÓZAR PALMA/CEBERIO BELAZA, «Los políticos sí tienen perdón»; DOVAL PAIS, «Delitos de corrupción pública: indultos y condenas», pp. 43, 48-60, para el periodo 1998-2012 calcula que son indultos con una tasa relativa mayor a 10 (3,4% respecto del 0,3% del resto de delitos), de lo que deriva un uso abusivo por quienes ejercen el poder público para beneficiar a autoridades y funcionarios públicos (p. 56); DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», pp. 16-17, 25; mismos autores, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», pp. 47-48; DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 43; QUERALT JIMÉNEZ, «El indulto es un premio», en *El Periódico*, 12 de septiembre de 2013; MADRID PÉREZ, «El indulto como excepción», pp. 125-129; MALUENDA MARTÍNEZ/DE URBANO CASTRILLO, «El indulto: la cara y la cruz».

¹⁴⁹⁶ BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 166, 177, 185-186, 190, apunta a que la concesión del indulto depende del talante y de la personalidad de cada ministro y subsecretario encargado de la decisión de conceder o no los indultos; mismo autor, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», p. 334; DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», pp. 7-8; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», pp. 3-4; LIBORIO HIERRO, en la primera reunión del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, celebrada el 1 de diciembre de 2015; mismo autor, en entrevista concedida el 19 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 231; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 218-221.

Ilustrativas las declaraciones de ROBLES FERNÁNDEZ, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 257, en las que reconoce que existían indultos políticos que «entraron de la mano» del Ministro.

¹⁴⁹⁷ Exposición de Motivos de la LI.

¹⁴⁹⁸ MARAT, *Plan de législation criminelle*, Imprenta Viuda de Marat, París, 1794, 2ª ed., p. 38; PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 270.

¹⁴⁹⁹ MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», pp. 298-300.

¹⁵⁰⁰ Proyecto del Indultómetro, Fundación CIVIO: <http://www.elindultometro.es/2013/06/30/relatividad.html>, consultado el 25 de abril de 2016.

VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (17:40-18:42), sobre su impacto relativo.

¹⁵⁰¹ RD 101/2017, RD 103/2017, RD 104/2017, RD 106/2017, RD 109/2017 y RD 111/2017, de 10 de febrero de 2017 (BOE núm. 37, de 13 de febrero de 2017).

¹⁵⁰² DOVAL PAIS, «Delitos de corrupción pública: indultos y condenas», pp. 44-45.

¹⁵⁰³ Entrevista a BELMONTE BELDA, responsable del proyecto El Indultómetro concedida el 15 de febrero de 2017, *Al Rojo Vivo*, LaSexta (http://www.lasexta.com/programas/al-rojo-vivo/entrevistas/eva-belmonte-los-indultados-de-rotta-se-saltaron-la-ley-de-contratos_2017021558a440fe0cf2f719cbf57480.html).

conforme a las pautas fijadas en el denominado «Repositorio de datos sobre procesos por corrupción» publicado por el CGPJ¹⁵⁰⁴.

Distintos autores han destacado el efecto perverso de la concesión de este tipo de indultos¹⁵⁰⁵ y su reiterado empleo en los delitos de prevaricación, cohecho y malversación, aun cuando en la mayoría de los supuestos se trata de delitos continuados y el órgano sentenciador no ha propuesto el indulto¹⁵⁰⁶.

Este doble factor ha despertado las críticas más feroces –impacto de la opinión pública *a posteriori*¹⁵⁰⁷– respecto de las espurias y degeneradas finalidades con las que abusivamente se ha utilizado la institución¹⁵⁰⁸, llegándose a publicar manifiestos y recomendaciones en contra de aquel desviado empleo.

El manifiesto intitulado «*Contra el indulto como fraude en defensa de la independencia judicial y de la dignidad*», suscrito por doscientos Magistrados el 29 de noviembre de 2012 como consecuencia del doble indulto concedido a cuatro mossos d'esquadra advertía que se trataba de «*un ejercicio abusivo por el Poder Ejecutivo de la facultad de indulto alejada de las funciones de esta institución, que supone una afrenta al Poder Judicial*».

Los antecedentes que preceden al anterior comunicado explican aquel texto de repulsa. En virtud de sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9ª) de 20 de noviembre de 2008, parcialmente confirmada por el Tribunal Supremo, en relación a hechos acaecidos el 27 de julio de 2006, se condenaba a cuatro mossos d'esquadra¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/>, última consulta el 19 de abril de 2017.

¹⁵⁰⁵ DOVAL PAIS, «Delitos de corrupción pública: indultos y condenas», pp. 43-61; ESPINA, «La reforma del indulto»; NIEVA FENOLL, «Proceso penal y delitos de corrupción», pp. 4, 18; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 51-91.

¹⁵⁰⁶ Vid. DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», pp. 95-110 (especialmente, p. 107).

Ello es precisamente lo que viene a ocurrir en los referidos seis de los once indultos concedidos tras su aprobación en el Consejo de Ministros de 10 de febrero de 2017. Los seis indultados fueron condenados por cometer un delito continuado de prevaricación (cinco de ellos, además, como autores de delito de falsedad en documento oficial) en virtud de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de mayo de 2015, confirmada por la STS de 23 de mayo de 2016. Ninguna de las dos resoluciones judiciales refiere la necesidad u oportunidad de conceder un indulto, ni la aplicación de los arts. 4. 3 CP y 902 LECrim. Este extremo fue mencionado expresamente en la discusión sobre la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes, celebrada el 21 de febrero de 2016 (BOCG, Pleno y Diputación Permanente, núm. 32, sesión plenaria núm. 30, de 21 de febrero de 2017, p. 26).

¹⁵⁰⁷ Interesante a este respecto es el estudio llevado a cabo por «Simple lógica» en abril de 2013 en virtud del cual se reflejan las diferencias significativas en la valoración por parte de la opinión pública del otorgamiento de indultos en dos escenarios dados en la realidad. En un caso, se analizó el indulto concedido a cuatro mossos d'esquadra en virtud de los Reales Decretos 1602/2012, 1604/2012, 1606/2012 y 1609/2012, de 23 de noviembre (BOE de 11 de diciembre de 2012); en el otro, el indulto concedido en virtud del RD 85/2013, de 1 de febrero (BOE de 19 de febrero de 2013), a la quien fue declarada autora de un delito continuado de falsificación de documento mercantil y un delito de estafa por hechos cometidos en el año 2007 (<http://www.simplelogica.com/iop/iop13006.asp>, 9 de febrero de 2016).

¹⁵⁰⁸ CAMPAGNA, «Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung», Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 89, 2003, p. 183.

¹⁵⁰⁹ A JSP y MFM, como autores de un delito de torturas (en el que quedaba absorbido el delito contra la integridad moral), entre otras penas, a 3 años de prisión, y como autores de un delito de lesiones, además de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, a una pena de prisión de un año y seis meses. La condena impuesta a JPB adicionaba, además, su autoría en un delito de inviolabilidad del domicilio, por el que

A pesar de que se había condenado, entre otros ilícitos, por torturas cometidas por agentes policiales¹⁵¹⁰, tras la reunión del Consejo de Ministros celebrada el 17 de febrero de 2012, se dictaron los Reales Decretos 415/2012, 414/2012, 410/2012 y 411/2012, de 17 de febrero, en virtud de los cuales se decretaba lo mismo en los cuatro expedientes: la conmutación de aquellas penas de prisión que hubieran sido dictadas por una única pena, de justo dos años de duración; y la conmutación de todas las penas de inhabilitación y de suspensión aplicadas, por una única de dos años de suspensión para empleo o cargo público¹⁵¹¹.

En el seno de las respectivas ejecutorias, a cargo de aquella Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, se pretendió la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en atención a lo acordado en sendos Reales Decretos de indulto y de lo dispuesto en los arts. 80 a 82 CP. Sin embargo, como refiere el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2012, en el seno de la ejecutoria referida a JSP, dada cuenta la condena, de la condición de *mosso d'esquadra* que ostentaba éste y de la «*peligrosidad criminal del sujeto*»: «*existen razones de prevención general y especial, de peligrosidad criminal, de repulsa y alarma social, en el presente supuesto, que justifican el ingreso del penado en prisión, para cumplir la pena impuesta, aunque la misma no exceda de los dos años. (...) debemos tener en cuenta la condición del penado, sujeto activo, como agente de la policía, que estando llamado, por mandato constitucional y legal, a proteger a los ciudadanos, ha maltrecho de forma literal, directa y sin paliativos, los principios inspiradores y de actuación del cuerpo policial*»¹⁵¹². La Audiencia Provincial de Barcelona resolvió no suspender la pena privativa de libertad de ninguno de los indultados, debiendo ingresar en prisión, en ejecución de la condena modulada por el indulto, durante el plazo de 2 años.

Sin embargo, y cuando dicha entrada en prisión era procesalmente inminente, tras la reunión del Consejo de Ministros de 23 de noviembre de 2012, fueron decretaron los Reales Decretos 1602/2012, 1604/2012, 1606/2012 y 1609/2012, de 23 de noviembre,

se le aplicaba una pena de 7 meses de multa (con cuota diaria de 10 euros). Por último, a FCL se le consideraba autor de un delito contra la integridad moral, de una falta de lesiones, de un delito de detención ilegal y de una falta de maltrato, condenándole, entre otras penas, a 2 años y 3 meses de prisión, 2 meses de multa (con cuota diaria de 10 euros), 5 meses de multa (con cuota diaria de 10 euros con inhabilitación absoluta de 9 años, y un mes de multa (cuota diaria de 10 euros).

¹⁵¹⁰ Vid. sentencia de 2 de noviembre de 2004 del TEDH, caso Abdülsamet Yaman contra Turquía: «*The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an "effective remedy" that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible. The Court also underlines the importance of the suspension from duty of the agent under investigation or on trial as well as his dismissal if he is convicted*». En el mismo sentido, sentencia de 29 marzo 2011 del TEDH, caso Alikaj y otros contra Italia: «*La Corte ricorda che quando un'agente dello Stato è accusato di atti contrari agli articoli 2 o 3, il procedimento o la condanna non possono essere vanificati da una prescrizione e non può essere autorizzata l'applicazione di misure quali l'amnistia o la grazia*».

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», pp. 20, 23, 26 nota 102: «*Esta jurisprudencia del TEDH bastaría para condenar a España en relación con los indultos que se conceden en delitos de torturas (...), algunos de ellos tan polémicos como el doble indulto dispensado en 2012 a cuatro Mossos d'Esquadra objeto de acendrada crítica*».

¹⁵¹¹ JIMÉNEZ VILLAREJO, reportaje «Sed de justicia», Salvados, LaSexta, emitido el 12 de mayo de 2013 (http://www.lasexta.com/programas/salvados/noticias/puede-ser-que-gobierno-tenga-facultades-anular-sentencias_20130512572786ad6584a81fd884e5c1.html, última consulta el 28 de marzo de 2017), advierte que los otorgamientos de indulto en relación con delitos de torturas no serían inusuales (5:50-6:30).

¹⁵¹² Vid. MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 26-27, sobre la relevancia de que se trate de hechos atribuibles a agentes estatales.

que conmutaban la pena de prisión por la de multa. De manera que la pena –ya rebajada– de 2 años de cárcel se transformaba en la de 2 años de multa (con cuota diaria de 10 euros), impidiéndose la entrada en prisión de los condenados.

Razonablemente, la dudosa decisión¹⁵¹³ no solo dio lugar al contundente manifiesto antes citado, sino que fue objeto de específica mención en las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España emitidas por el Comité contra la tortura de Naciones Unidas, aprobadas en su sesión celebrada el 15 de mayo de 2015 (Apartado 19), alertando de la impunidad que estas medidas provocan cuando, por el contrario y en la línea de lo asumido por nuestro Tribunal Constitucional¹⁵¹⁴, debieran ser enérgicamente investigadas y castigadas, dada la sensibilidad del delito de que se trataba (delito de tortura)¹⁵¹⁵ y la especial condición de los autores (miembros de los cuerpos de seguridad)¹⁵¹⁶: «*El Comité teme que dichas prácticas contribuyan a crear una cultura de impunidad entre las fuerzas del orden (arts. 2, 11, 12, 13y 16). En particular, el Comité se muestra preocupado ante: (d) El hecho de que, según las informaciones recibidas, a los acusados se les impongan penas leves que no guardan relación con la gravedad de los delitos o se les concedan indultos, como por ejemplo los concedidos en 2012 a tres Mossos d'Esquadra que habían sido condenados por delitos de tortura. (...) [El Comité] En particular, recomienda al Estado parte que: (...) (d) Asegure que se enjuicie y castigue a los culpables con penas que tengan en cuenta la gravedad de los delitos y que en su ordenamiento jurídico se disponga la prohibición de conceder indultos a las personas declaradas culpables del delito de tortura, en violación de la Convención*».

Además del notorio cúmulo de consecuencias negativas que ello genera, entre las que destaca el binomio percepción de impunidad¹⁵¹⁷-sensación de invulnerabilidad¹⁵¹⁸ –con el consiguiente menoscabo de las funciones preventivas que pudieran asignarse a la amenaza de la pena¹⁵¹⁹–, no debe marginarse que dicha utilización del indulto se configura como un mecanismo de perpetuación de desigualdades¹⁵²⁰. Si un principio básico del Estado de Derecho es la igualdad

¹⁵¹³ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 129-130; PERANDONES ALARCÓN, «El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», en *La Ley Penal*, núm. 103, julio-agosto de 2013, pp. 6-13, aboga por su inconstitucionalidad.

¹⁵¹⁴ STC de 25 de febrero de 2008, de 18 de octubre de 2010, de 18 de julio de 2016 y de 19 de septiembre de 2016.

¹⁵¹⁵ Vid. LASCURÁIN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», pp. 106-107; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 248-252.

¹⁵¹⁶ Sin embargo, en virtud del RD 590/2013, de 26 de julio (BOE núm. 211, de 3 de septiembre de 2013), volvía a ser indultado un mosso d'esquadra, condenado como autor de un delito de detención ilegal y una falta de lesiones dolosas.

¹⁵¹⁷ Vid., desde un plano genérico, KENNEDY, *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 92-106, 114-117 (especialmente, p. 117). DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», pp. 511, 515, advierte del riesgo de que el indulto se perciba como el «*cierre del círculo de la impunidad*».

¹⁵¹⁸ Ya adelantado por COOK, «Research in Criminal Deterrence: Laying the Groundwork for the Second Decade», en *Crime and Justice*, vol. 2, 1980, p. 224, quien no considera el impacto de la concesión de indulto, susceptible de adición: «*If active criminals find that they are rarely arrested, unlikely to be convicted if arrested, and unlikely to be sentenced to prison terms if convicted, then they may acquire a justified sense of invulnerability*».

¹⁵¹⁹ SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 76-77.

¹⁵²⁰ Sin desatender lo apuntado por ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 265, sobre el hecho de que la demanda de justicia depende de presupuestos que están fuera del principio de igualdad; a saber, los criterios que determinan las categorías a las que debe aplicarse la norma de igualdad. DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», p. 110, sobre el indulto de

ante la Ley, el otorgamiento de perdones por cercanía o por pertenecer a un determinado poder social perpetúa la desigualdad en uno de los ámbitos, el de la justicia, de los pocos que se caracteriza, de forma definitoria, por el respeto a aquel principio¹⁵²¹.

Esa ligazón entre la figura del indulto y la opinión pública y la desviada utilización por cercanía explican el vigor de las propuestas reformistas que, como advertimos en la presentación a esta investigación¹⁵²², en los últimos años se plantean para impedir que se concedan indultos respecto de los «delitos que más rechazo social producen»¹⁵²³.

A pesar de que, como ya apuntamos preambularmente, la aprobación de un catálogo de delitos de los que se excluya la posibilidad de indultar podría considerarse inidóneo¹⁵²⁴, esta línea reformista desvela la preocupación ya apuntada y constata la imposibilidad de asumir la justificación de otorgamiento en este epígrafe como legítima en un Estado de Derecho.

| | | |
|------|---|-------------|
| 6. 2 | El indulto otorgado por razones electorales y de cercanía | No asumible |
|------|---|-------------|

4.4.6.3. El indulto otorgado por fines políticos en sentido estricto

Al margen de la utilización militar y electoral de la figura del indulto, destaca el uso político dado a la institución sobre el que se predicán innumerables ejemplos prácticos¹⁵²⁵ que, de

condenas por delitos de prevaricación, cohecho y malversación, como mecanismo de desigualdad en la ejecución de las penas privativas de libertad.

¹⁵²¹ BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 233-234: «Esa desigualdad [en la concesión del indulto, que cede “a veces a la intervención de poderosos mediadores”] es origen de grandes males sociales, porque destruye el más alto principio de la justicia criminal, que es la igualdad ante la pena, legalmente impuesta por los Tribunales». JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, p. 74: «[la justicia] lejos de abundar en el sentido de la desigualación siempre creciente y del desequilibrio continuamente agravado, da el freno al “cada vez más” de pleonexia, bulimia y frenesí personal; derroca la tendencia a la enfibrecida sobrepuja».

Paradójicamente el riesgo de que se pudiera otorgar un tratamiento diferenciado por parte de la justicia y que no se pudiera garantizar un juicio justo fueron las razones que motivaron, según el discurso de concesión, el polémico otorgamiento de amplio indulto por parte de Gerald R. Ford, presidente de Estados Unidos de América, a su predecesor, Richard Nixon el 8 de septiembre de 1974 tras el escándalo Watergate en el que este último apareció involucrado. Ford había sido precisamente vicepresidente de Nixon desde el 6 de diciembre de 1973 hasta el 9 de agosto de 1974. El 8 de septiembre de 1974, Ford decretó: «a full, free, and absolute pardon unto Richard Nixon for all offenses against the United States which he, Richard Nixon, has committed or may have committed or taken part in during the period from July [January] 20, 1969, through August 9, 1974»; aduciendo que: «a former President of the United States, instead of enjoying equal treatment with any other citizen accused of violating the law, would be cruelly and excessively penalized either in preserving the presumption of his innocence or in obtaining a speedy determination of his guilt in order to repay a legal debt to society».

¹⁵²² Vid. capítulo 1.3.1. *Justificación contextual del tema de estudio. Propuestas de reforma formuladas a la regulación del indulto.*

¹⁵²³ Entrevista del titular del Ministerio de Justicia el 19 de abril de 2015: «reconoce que el Gobierno está trabajando en la reforma de esa ley para (...): no conceder indultos por corrupción y excluir también aquellos delitos que más rechazo social producen» (<http://www.efe.com/efe/espana/politica/justicia-propone-excluir-del-indulto-por-ley-a-los-condenados-corrupcion/10002-2590424>, consultado el 25 de mayo de 2015).

¹⁵²⁴ Vid. capítulo 1.3.1. *Justificación contextual del tema de estudio. Propuestas de reforma formuladas a la regulación del indulto.*

¹⁵²⁵ Vid. KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, pp. 567 ss. (especialmente, pp. 567-571, 579-586), quien desarrolla una teoría sobre la dialéctica del indulto y afirma: «Die Gnade ist in hohem Maße in das Getriebe der Politik, in ihre Kampagnen und Strategien, in ihre Voraussetzungen und Symbole verstrickt» (p. 586). Los ejemplos que

igual modo, llegan hasta nuestros días¹⁵²⁶ y son reconocidos expresamente en el seno de resoluciones dictadas por nuestros Tribunales¹⁵²⁷.

Como señala lúcidamente BACIGALUPO ZAPATER, nos adentramos en este punto en el análisis de escenarios en cuyo seno: «*existe un interés político general preponderante que justifique [en] renunciar a la aplicación de una pena*» y que, en atención a «*la individualidad de la situación, no serían susceptibles de una amnistía decidida por el Parlamento*»¹⁵²⁸.

La figura del indulto se ha utilizado como instrumento político tanto en las relaciones exteriores de un país, como en la política interna de un Estado. El análisis práctico de esta figura en relación a la persecución de estos concretos fines demuestra que la motivación

KIRCHHEIMER proporciona son múltiples: indulto a Debs por el presidente de los Estados Unidos de América, Harding; el indulto al revolucionario Bakunin; la amnistía de 1859 de Napoleón; Armand Barbès y el indulto pedido por Víctor Hugo al Rey Luis Felipe I de Francia; los indultos concedidos del último Zar de Rusia; los indultos en el caso Haymarket-Affäre; los indultos concedidos por Lincoln; o el indulto a Hitler concedido el 20 de diciembre de 1924, entre otros. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 39-40; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 128 ss.

¹⁵²⁶ En la nota de prensa publicada por el Kremlin el 9 de julio de 2010 (<http://kremlin.ru/events/president/news/8304>, consultada el 10/03/2016) se anunciaba el indulto de cuatro personas quienes reconocieron ser informantes occidentales dentro del *swap* de espías celebrado entre Rusia y los Estados Unidos de América (el más relevante tras el final de la Guerra Fría) gracias al cual Rusia consiguió la liberación de diez agentes que cumplían condena en los Estados Unidos de América.

El 25 de mayo de 2016 se produjo un nuevo *swap* entre Ucrania y Rusia. El Presidente de Rusia firmó el Decreto núm. 249 de aquella fecha en virtud del cual se otorgaba el indulto a una piloto ucraniana (<http://kremlin.ru/events/president/news/51998>, consultado el 25 de mayo de 2016), a cambio de dos militares, altos oficiales rusos que permanecían en prisión en Ucrania (<http://tass.ru/en/world/878069>, consultado el 25 de mayo de 2016). La motivación dada al intercambio se publicaba por el Kremlin, alegando consideraciones de humanidad y pretendiendo relajar las tensiones existentes en la zona de conflicto al este de Ucrania, de forma que se ayudase a evitar las pérdidas horribles e innecesarias (<http://kremlin.ru/events/president/news/51995>, consultado el 25 de mayo de 2016).

Dicho intercambio no fue el último, puesto que el 14 de junio de 2016, el Presidente de Rusia volvió a otorgar el indulto a dos condenados –por creación de organización terrorista en Crimea y espionaje–, mediante la aprobación de los Decretos núm. 265 y 264 (<http://kremlin.ru/acts/news/52155>, consultado el 16 de junio de 2016) a cambio de la liberación de dos ucranianos, condenados en Ucrania por separatismo (<https://actualidad.rt.com/actualidad/210261-putin-indultar-ucranianos-rusia>, consultado el 16 de junio de 2016).

¹⁵²⁷ Vid. voto particular concurrente formulado por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ a la STS de 20 de noviembre de 2013: «*en la necesidad de asegurarse la colaboración de confidentes en organizaciones criminales, o la de suavizar conflictos en las relaciones internacionales. Esto quiere decir, aunque a algunas personas no les guste oírlo, que el derecho de gracia es un instrumento de la política y que, en cuanto tal, su ejercicio responde a valoraciones esencialmente políticas*». Voto particular disidente formulado a la STS de 2 de diciembre de 2005 por SIEIRA MÍGUEZ/LECUMBERRI MARTÍ/ROBLES FERNÁNDEZ al que se adhieren PECES MORATE/FRÍAS PONCE: «*En la reciente historia de nuestro país, determinadas concesiones y denegaciones de indulto han tenido claras repercusiones políticas, tanto en el ámbito de la lucha antiterrorista entre otras, como en relación a cuestiones de relevancia social, como fueron, a título de ejemplo, las referentes a delitos relativos a la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar. Del mismo modo en momentos históricos de permanente actualidad, determinadas denegaciones de indulto en el año 1.975, en relación a penas de muerte que no fueron conmutadas, comportaron problemas en el ámbito de las relaciones internacionales y conflictos diplomáticos con la Santa Sede y otros países. El evidente contenido y relevancia política de la valoración para conceder o denegar un indulto en tales supuestos, que se recogen sin ánimo exhaustivo, deviene patente y manifiesto, y hace imposible entender que se trataba de actos de gestión ordinaria ya que además de la motivación política que los presidía constituyen la clara manifestación de una concreta dirección política en cuestiones referidas a temas tan esenciales como lo son la Seguridad del Estado o la defensa nacional*». En este sentido, CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 44-45.

¹⁵²⁸ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25.

analizada goza de plena actualidad¹⁵²⁹, a pesar de no tratarse de una utilización incontrovertida¹⁵³⁰.

4.4.6.3.1. La utilización de la figura del indulto para alcanzar fines de política exterior

Empíricamente y desde la perspectiva centrada en su utilización como recurso en el seno de la política exterior, la utilización de la institución del indulto se ha concretado en los acuerdos de intercambio que son utilizados como mecanismos de armonización interestatal¹⁵³¹ (los denominados «*zwischenstaatliche Austauschbegnadigung*» que marcaron incluso la geografía de las ciudades¹⁵³²)¹⁵³³ y los pactos de colaboración de confidentes¹⁵³⁴.

¹⁵²⁹ En la comparecencia del Presidente de los Estados Unidos de América de 17 de enero de 2016 (<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/01/17/statement-president-iran> consultado el 01/03/2016) reconoce la concesión de indulto a siete iraníes en el marco del acuerdo nuclear suscrito entre los Estados Unidos de América e Irán el anterior 14 de julio de 2015 en Viena: «*In a reciprocal humanitarian gesture, six Iranian-Americans and one Iranian serving sentences or awaiting trial in the United States are being granted clemency. These individuals were not charged with terrorism or any violent offenses. They're civilians, and their release is a one-time gesture to Iran given the unique opportunity offered by this moment and the larger circumstances at play. And it reflects our willingness to engage with Iran to advance our mutual interests, even as we ensure the national security of the United States*». A cambio, Irán liberó a cuatro personas, según informó la oficina de la Fiscalía en Teherán el 16 de enero de 2016: «*Based on an approval of the Supreme National Security Council (SNSC) and the general interests of the Islamic Republic, four Iranian prisoners with dual-nationality were freed today within the framework of a prisoner swap deal*». Otro ejemplo se produjo el 14 de diciembre de 2000 cuando el presidente Putin concedió el indulto a EP, condenado por espionaje a 20 años de prisión el 6 de diciembre de 2000 haciendo alusión expresa «*al alto nivel de las relaciones entre Rusia y Estados Unidos*» tal y como informaba el Kremlin en aquella fecha (<http://kremlin.ru/events/president/news/39853>, consultado el 09/03/2016).

¹⁵³⁰ A favor se pronuncia, por ejemplo, SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, p. 277, en términos muy genéricos.

En contra, KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 15-17, 21, 59 al considerar que cualquier motivo político no es asumible por la figura del indulto al no considerar las singularidades del indultado: «*Politische Gnadenmotive dürfen in einem Rechtsstaat keinen Platz haben, weil sie unabhängig von der Gnadenwürdigkeit des Betroffenen ergehen würden*» (p. 21); «*Ebenso können politische Gründe in einem demokratischen Rechtsstaat keinen Gnadenerweis rechtfertigen. Die Begnadigung von Spionen, Terroristen oder Führungspersonen der ehemaligen DDR aus politischen Überlegungen, ist gleichfalls rechtswidrig und unzulässig, weil Gnade eben nur auf Grund persönlicher Gnadengründe im Einzelfall gewährt werden darf*» (p. 59); HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», p. 415. Más moderado, FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 23, refiriéndose al indulto otorgado «*aus Gründen der Staatsräson*» –por ejemplo, en un intercambio de espías–, reconoce la posibilidad como excepción, cuando no pueda ser aplicada para ello otra medida legal distinta.

¹⁵³¹ SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 95-96, 153-155.

¹⁵³² El puente Glienicke, situado entre la ciudad de Berlín y la vecina Potsdam fue utilizado en febrero de 1962, en junio de 1985 y en febrero de 1986 para efectuar dichos intercambios. El primero de ellos, en el que se produjo el intercambio utilizándose para ello como medio la figura del indulto, fue llevado al cine en 2015 a través de la película «*Bridge of spies*», dirigida por SPIELBERG.

¹⁵³³ KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, p. 581; SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», p. 1251 distingue entre motivaciones políticas y aquellos legítimos indultos que se otorgan en el ámbito del bien público. Sobre estos últimos, afirma: «*Legitime Gnadengründe jenseits der konkreten Umstände des Einzelfalles und ganz außerhalb von Person und Lebenskreis des Verurteilten können im Bereich des öffentlichen Wohls, der raison d'état liegen. Hierher gehört z. B. die zwischenstaatliche Austauschbegnadigung. (...) Kennzeichnend für solche Fälle ist, dass unabhängig von der Gnadenwürdigkeit des Verurteilten begnadigt wird, um eine Gegenleistung zu erreichen oder zu erbringen*»; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, p. 78, citando a SCHÄTZLER.

¹⁵³⁴ Ilustrativa es la referencia recogida en la misiva remitida por el Embajador español en París al Ministro de Estado el 12 de marzo de 1877 (archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores, H2868): «*con la ida del Americano y los indultos escasean los confidentes*».

Sin embargo, un análisis empírico de verificación y delimitación constata que no puede predicarse el carácter irremplazable de la figura del indulto en estos contextos¹⁵³⁵, siendo, en la práctica, eclipsado por otras alternativas¹⁵³⁶ más acordes con las prioridades que en política exterior actualmente dominan, habida cuenta de que:

(i) el ejercicio de una medida de perdón se enfrentaría a la orientación que recientemente se ha acogido en la política internacional (para evitar la actuación masiva, desde antaño criticada¹⁵³⁷, de vigilancia a otros Estados, y la operativa descontrolada de espías y confidentes¹⁵³⁸);

(ii) la figura del indulto ha sido, en ocasiones, sustituida por la concesión de la libertad condicional –o su adelantamiento como beneficio penitenciario– con la imposición de determinadas exigencias¹⁵³⁹; y

(iii) nada impide que, a través de tratados o acuerdos internacionales, se adopten determinadas medidas de flexibilización relativas al traslado de personas condenadas o ejecución de la condena en el extranjero, como mecanismo de política bilateral de cooperación¹⁵⁴⁰, modulando las concretas condiciones de aplicabilidad para adaptarlas a las necesidades de política exterior que pretendan ser alcanzadas, de conformidad con lo establecido en el art. 94. 1. a) y b) CE y con la debida observancia de las exigencias internas¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁵ Crítica con su utilización, WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 53-54: «Bei dem Austausch von Spionen ist vielmehr nach den §§ 153 d, 456 a StPO zu verfahren».

En relación con las exigencias coactivas de intercambio o liberación (no limitadas al plano nacional), vid. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 37-38, quien defiende la necesidad de acudir a mecanismos previstos en la legislación para dar respuesta a estos escenarios de chantaje ante los que, en nuestra opinión, no debería cederse.

¹⁵³⁶ SEBBA, «Clemency in perspective», pp. 231, 237, nota 19.

¹⁵³⁷ KANT, *Sobre la paz perpetua*, pp. 10-11.

¹⁵³⁸ En el seno de la Unión Europea, el 12 de marzo de 2014 se aprobó por el Parlamento Europeo el Informe fechado el anterior 21 de febrero de 2014 sobre programas y órganos de vigilancia y su impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea y en la cooperación transatlántica en materia de Justicia y Asuntos de Interior elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. En el ámbito interno, vid. acuerdo administrativo de desarrollo del Convenio de cooperación para la defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, de 1 de diciembre de 1988, hecho en Madrid el 10 de abril de 2002 (BOE núm. 169, de 16 de julio de 2007), en aplicación del artículo 17.6 del Convenio de Cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, de 1 de diciembre de 1988, revisado por el Protocolo de enmienda de 10 de abril de 2002 (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2003). Ulteriormente el meritado Convenio fue enmendado a través del Tercer Protocolo hecho en Washington el 17 de junio de 2015 (BOE núm. 219, de 12 de septiembre de 2015).

¹⁵³⁹ El 19 de noviembre de 2015 se procedió a otorgar la libertad condicional (*release on parole*) a J.P., condenado en 1985 por espionaje a los Estados Unidos de América sin que le fuera concedido el indulto presidencial, solicitado por el Gobierno israelí (<http://www.state.gov/r/pa/prs/dpb/2015/11/249834.htm>, consultado el 1 de mayo de 2016).

¹⁵⁴⁰ Aunque ulteriormente su traslado a Ucrania se instrumentalizó a través de la figura del indulto, el Gobierno ucraniano invocó, en su comunicación de 10 de marzo de 2016, el Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, para el traslado de cuatro nacionales condenados en Rusia (<http://www.unian.info/society/1287477-russias-justice-ministry-received-ukraines-request-to-hand-over-sentsov-kolchenko-afanasyev-and-soloshenko.html>, consultado el 20 de junio de 2016).

¹⁵⁴¹ Aprobación interna que necesariamente concurrió en el Plan de Acción Conjunto y Completo, acuerdo internacional sobre el programa nuclear de Irán, alcanzado el 14 de julio de 2015, que implicó la aprobación de la Iran Nuclear Agreement Review Act of 2015 en Estados Unidos de América y el respaldo de la Asamblea Consultiva Islámica de Irán en octubre de 2015.

Respecto a este último punto no puede ser obviado que, si lo que se pretende con la utilización de la figura del perdón para conseguir fines de política exterior es reforzar las relaciones entre Estados, la generalidad del eventual acuerdo o tratado como el Joint Comprehensive Plan of Action suscrito en Viena el 14 de julio de 2015 con Irán, se ajustará mejor a dicha finalidad que una solución puntual en un determinado momento en relación a un concreto individuo. Máxime cuando el desarrollo de estas alternativas impide la creación de agujeros negros donde el poder ejecutivo se convierta en un «poder ajurídico»¹⁵⁴².

Por tanto, puede concluirse que, para alcanzar fines de política exterior, la utilización de la figura del indulto ha devenido prescindible; siendo, en la práctica, superada por otras alternativas.

| | | |
|--------------|---|--|
| 6.3.1 | El indulto otorgado por razones de política exterior | <ul style="list-style-type: none"> - Superación de la figura dada la nueva orientación internacional - Libertad condicional (beneficios penitenciarios) - Tratados/acuerdos internacionales |
|--------------|---|--|

4.4.6.3.2. La utilización de la figura del indulto para alcanzar fines de política interior

La utilización del indulto no se ha limitado a las relaciones interestatales, sino que también se ha empleado en las relaciones intraestatales¹⁵⁴³. En el ámbito de las directrices de política interna, deben necesariamente distinguirse dos escenarios de análisis: **(i)** la utilización de la figura del indulto como instrumento para alcanzar la paz social y la concordia; y **(ii)** otros escenarios en los que no esté comprometida esa estabilidad social y convivencia futura o no se pretenda, con su empleo, su consecución.

Dada la relevancia que para el seno de esta investigación alcanzan los primeros escenarios, por razones de sistematicidad se comenzará con el análisis de la segunda constelación de supuestos.

4.4.6.3.2.1. Escenarios políticos intraestatales en los que la utilización de la figura del indulto no persigue alcanzar la paz social y la concordia

Recuérdese la necesidad ya apuntada de que, en un Estado de Derecho, la utilización del indulto deba orientarse hacia la satisfacción de un fin racional legítimo y no obedezca al arbitrio del concedente, al beneficio del otorgante¹⁵⁴⁴, con independencia del órgano en que resida dicha facultad. En este subapartado se analiza la utilización de la figura para solventar tensiones o conflictos de interés¹⁵⁴⁵ que una aplicación estricta del Derecho penal genera, a

¹⁵⁴² DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 514; DE URBANO CASTRILLO, «El control jurisdiccional sobre la concesión de indultos».

¹⁵⁴³ SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 96-97.

¹⁵⁴⁴ BARNETT, «The grounds of pardon», p. 499.

¹⁵⁴⁵ BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, pp. 73-75, 77, 111-115.

favor de un prevalente principio de oportunidad que no está relacionado con el establecimiento de unas condiciones de pacificación social, sino vinculado a otros intereses de cariz político, con otras finalidades enmarcadas en la categoría de «asuntos de Estado»¹⁵⁴⁶.

Para algunos autores, esta utilización debe ser superada por un instrumento normativo previo que permita flexibilizar la dirección de un procedimiento penal cuando concurren razones políticas que así lo aconsejaran¹⁵⁴⁷, renunciando a su iniciación o permitiendo que, una vez emprendido, éste pueda ser interrumpido y finalizado anticipadamente. Se defiende que, de permitirse una ductilidad en la activación de los mecanismos del Derecho penal de concurrir un interés público prevalente –sin perjuicio de la dificultad de determinación de una concreción apriorística particular de aquél¹⁵⁴⁸–, debe obviarse la conducción de un procedimiento penal, a los fines de garantizar un principio de oportunidad superior y, por consiguiente, sería innecesario entonces acudir a la institución del indulto¹⁵⁴⁹. Se trataría de emplear una formulación que NAUCKE¹⁵⁵⁰ bautizó con el nombre de *mecanismo legal facultativo de inaplicación de la pena (fakultative gesetzliche Strafbefreiung)* y que es destacada por LAMPE, junto con las figuras del perdón, como instrumento funcional del sistema penal¹⁵⁵¹.

Si bien esa plasticidad de la acción penal goza de apoyo normativo en Alemania¹⁵⁵² (§§ 153 ss. StPO)¹⁵⁵³, la introducción de tal principio de oportunidad en nuestro sistema procesal interno

¹⁵⁴⁶ Voto particular que formula BACIGALUPO ZAPATER a la STS de 29 de julio de 1998, en el conocido como caso Marey: «A todo ello se debe agregar que tanto el Sr. Jose Francisco o como el Sr. Juan Pablo (...) intentaban desde tiempo atrás, obtener el indulto de las gravísimas penas de prisión que les fueron impuestas en una causa anterior (confr. STS Nº 338/92, de 12-3-92). Lo confirman las reuniones que mantuvieron con el Ilmo. Sr. Juez Instructor, fuera del procedimiento en sentido estricto, y con algunas personalidades políticas, en las que, aunque no se haya probado que se les ofreció el indulto, es evidente que ellos perseguían esa finalidad. Es claro que en el logro de esa finalidad necesitaban justificar sus delitos como cuestiones de Estado y que para ello era preciso implicar al Ministerio del Interior. Todos los coacusados tenían claro que, en el peor de los casos, la participación en un "asunto de Estado" podría llegar a ser un fundamento para un eventual indulto, que, al parecer, ofrecía grandes dificultades políticas al Gobierno».

¹⁵⁴⁷ BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, p. 45, analizando el § 153 d StPO determina: «Die Vorschrift des § 153 d StPO findet seine Rechtfertigung in der Berücksichtigung von gesamtdeutschen und außenpolitischen Zweckerwägungen. Mithin stecken staatspolitische Erwägungen hinter § 153 d StPO, die den staatlichen Verfolgungszwang überlagern»; GIMENO SENDRA, «El principio de oportunidad y el M. F.», en Diario La Ley núm. 8746, Sección Doctrina, 21 de abril de 2016, pp. 2-8.

¹⁵⁴⁸ Vid. BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, pp. 38-52.

¹⁵⁴⁹ Crítico, RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», p. 37 enuncia que en estos escenarios el recurso al indulto no es apropiado, a favor de una aplicación del § 153 d StPO; en el mismo sentido, acogiendo la posición de RÜPING, HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», p. 741, aduciendo como argumento el riesgo inmanente de utilizarse la figura del indulto en estas causas en las que subyacen pretendidas razones de Estado, de que el procedimiento pueda considerarse como un «Scheinprozess». En idéntico sentido, WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 53-54.

¹⁵⁵⁰ NAUCKE, «Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit», en JURA, núm. 8, 1979, pp. 427-429, donde destaca la inexistencia de un denominador dogmático común que permita conglomerar las distintas razones motivadoras de tal dispensa, advirtiendo también de la relevancia de lo dispuesto en el § 60 StGB, precepto en virtud del cual el órgano enjuiciador puede prescindir de la aplicación de la pena, ya mencionado en el análisis de la pena natural –vid. referencias contenidas en el apartado 4.3.2.2. *Supuestos de pena natural*–.

¹⁵⁵¹ LAMPE, «Zur funktionalen Begründung des Verbrechenstsystems», pp. 53-54, 56-57.

¹⁵⁵² BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, pp. 75-76, 81, 83-87, 112-113 distinguiendo entre el tratamiento de las *Straffreiheitsgesetze* y las *Strafbefreiungsgünden*, lo relaciona, a lo que a esta investigación interesa, bien con la economización incremental del Derecho penal, basada en los principios de eficiencia y practicabilidad (sentido práctico); bien con la idea de equidad –corrigiendo el

no ha sido aún asumido con carácter general –a salvo lo dispuesto en el art. 963. 1. 1ª LECrim para delitos leves, en su redacción dada por el apartado diez de la disposición final segunda de la LO 1/2015, de 30 de marzo– al no ser aprobado el Código Procesal Penal en cuyo articulado se preveía expresamente tal opción, permitiendo el sobreseimiento de la causa penal, a favor de aquel principio, bajo determinados requisitos¹⁵⁵⁴, siguiendo una orientación plasmada, no sin dificultades interpretativas¹⁵⁵⁵, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Los art. 53. 1. c) y 2. c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional disponen: «1. c) *El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. (...) 2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto*

Derecho penal material para el caso concreto en virtud del § 153 b (*Absehen von der Verfolgung bei möglichem Absehen von Strafe*) o de la «*tätige Reue*»–; bien en la economización e instrumentalización de determinados grupos de autores (vid. nota al pie 1336). Tras su examen, formula la siguiente máxima acerca de aquellas finalidades: «*Opportunität ist das Einfallstor überindividueller Interessen und Bedürfnisse, die als außer (straf-) rechtliche Zweckkategorien die Grenzen der Strafgesetzlichkeit durchbrechen. Sie erweisen sich hinsichtlich ihrer entkriminalisierenden Wirkung als geeignet, strafrechtliche Gesetzlichkeit einer Rechtskorrektur zuzuführen. Mit der Rechtskorrektur des Strafgesetzes außerhalb der unrechts- und schuldbezogenen Merkmale durch opportune Zweckerwägungen behauptet der Gesetzgeber im Bereich der Strafbefreiungsgründe und Straffreiheitsgesetze seine Funktionstüchtigkeit dergestalt, daß gesamtgesellschaftliche, überindividuell-politische Bedürfnisse den Verzicht auf die Strafrechtsfolgen herbeiführen*» (pp. 112-113).

¹⁵⁵³ Los §§ 153 ss. StPO permiten prescindir del ejercicio de la acción penal cuando: **(i)** concurra insignificancia (*Geringfügigkeit*) ante escasa entidad de la culpa del autor y no exista un interés público en su persecución –§ 153 StPO–; **(ii)** cuando se impongan condiciones e instrucciones, considerando el interés público y que la gravedad de la culpa del autor no excluya tal posibilidad (§§ 153 a y b StPO); **(iii)** para delitos cometidos en el extranjero, de concurrir riesgo de perjuicio grave para la República Federal de Alemania o cuando la persecución del delito se oponga a otros intereses públicos superiores («*wenn die Durchführung des Verfahrens die Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde oder wenn der Verfolgung sonstige überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen*») –§153 c, especialmente 3) y 4)–; **(iv)** en el seno de delitos contra la seguridad del Estado a causa de un interés público superior, cuando el procedimiento pudiera acarrear grandes desventajas para el país u otros intereses públicos superiores se opusieran a ello; **(v)** en delitos de seguridad del Estado por arrepentimiento activo del autor, quien auxilie a evitar un peligro para la existencia o seguridad del país o para el orden constitucional (§ 153 e StPO); y **(vi)** en el seno de delitos previstos en el Código Penal internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) –§ 153 f StPO–.

¹⁵⁵⁴ Arts. 90 y 91 del proyecto de Código Procesal Penal, donde se aducían como motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad: **(i)** la escasa gravedad del delito e inexistencia de interés público relevante en su persecución; **(ii)** la satisfacción de condiciones aceptadas; **(iii)** cuando la sanción que pudiera llegar a ser impuesta fuera irrelevante a la vista de la condena que le haya sido impuesta en otro proceso o que le pudiera llegar a ser impuesta en el mismo proceso; **(iv)** cuando el autor o partícipe perteneciese a una organización o grupo criminal y sea el primero en confesar el delito, colaborando con la Administración de Justicia; **(v)** cuando el autor o partícipe en un delito leve o menos leve denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo; o **(vi)** cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o partícipe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito.

¹⁵⁵⁵ AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, pp. 101-104.

autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13»¹⁵⁵⁶.

Adicionalmente a estos mecanismos normativos de flexibilización procesales, existen ya en nuestra legislación material determinadas cláusulas penales que, si bien no alcanzan la generalidad contenida en el § 60 StGB¹⁵⁵⁷ o en el art. 169 CP italiano¹⁵⁵⁸, están dirigidas por esa misma orientación, permitiendo flexibilizar la efectiva imposición de penas en concretos supuestos, consistiendo, en la mayoría de los casos, en una amplia modulación de su extensión¹⁵⁵⁹.

En la redacción dada a dichos preceptos, el principio de oportunidad no se confronta al de legalidad, sino que ambos se unen para permitir la imposición flexible del texto de la Ley penal¹⁵⁶⁰, considerando la eventual concurrencia de especiales circunstancias. Se trata, por consiguiente, de un *principio de oportunidad legislado*.

Adviértase, sin embargo, dos cuestiones a modo de cierre. La primera, que esa flexibilización no ha sido recogida en el Título XXIII sobre delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa nacional (art 581 a 604 CP), confirmando la orientación a que antes se hacía referencia en el ámbito internacional¹⁵⁶¹. El segundo apunte consiste en apuntar que la anterior opción normativa no implica otorgar un poder de dirección política o de política criminal a los órganos del poder judicial¹⁵⁶², sino solo la posibilidad de que aquéllos flexibilicen la aplicación del texto de la Ley considerando pautas o razones que sí

¹⁵⁵⁶ MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 11-12, deduce de la literalidad del artículo la posibilidad de tomar en cuenta mecanismos extrapenales o excepcionales que sirvan como muestra de la voluntad y capacidad para investigar los hechos por parte del Estado; PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 75-76, nota 141, a pesar de subrayar la vaguedad de sus términos y la potencial arbitrariedad en su aplicación, lo considera como la única vía de escape que se prevé a la defensa irrestricta del Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 70-77, destaca cómo puede derivarse de su literalidad una interpretación de compatibilidad entre la figura de la amnistía y el Estatuto de Roma.

¹⁵⁵⁷ ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», pp. 210, 442, a favor de una amplia facultad del perdón judicial (dado que las medidas excepcionales no admiten previsión), rechazaba el casuismo objetivo del entonces proyecto alemán, abogando por una cláusula general que superara encorsetamientos.

¹⁵⁵⁸ Art. 169 del Código Penal italiano prevé con cierta amplitud la figura del perdón judicial para menores de 18 años. Junto con lo dispuesto en el art. 425 del Código Procesal Penal italiano que regula la sentencia de «*non luogo a proceder*» y los arts. 27. 1 y 32 del Código de Proceso Penal de Menores de Italia, se permite la finalización del procedimiento en fase de instrucción, también cuando se constate la irrelevancia del hecho.

¹⁵⁵⁹ Arts. 16, 20. 7º, 21. 4ª, 31 quater b), 305.6, 307. 5, 308. 7, 376, 434 y, sobre todo, 570 quater. 4 y 579 bis. 3 y 4 CP. Vid. apartado 4.4.1. *El indulto como mecanismo esperanzador, incentivo y recompensa. Análisis de las actuaciones postdelictivas, conductas meritorias o virtuosas y Derecho premial*.

¹⁵⁶⁰ Sin embargo, cfr. LAMPE, «Zur funktionalen Begründung des Verbrechenensystems», p. 56, quien al analizar las disposiciones contenidas en los §§ 153 ss. del Código Procesal Penal alemán, sí deduce tal enfrentamiento entre el principio de legalidad y el de oportunidad.

¹⁵⁶¹ Vid. epígrafe 4.4.6.3.1. *La utilización de la figura del indulto para alcanzar fines de política exterior*.

¹⁵⁶² Crítico, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», p. 581: «*generalmente, las medidas premiales vienen a suponer auténticas formas impropias de gracia, legitimadas por la vía judicial, a la que se hace, así, asumir funciones de suplencia del poder político que, en realidad, no le corresponden*».

pueden radicar en la política y que son las que han configurado elásticamente los anteriores preceptos a cuyos límites deben ajustarse¹⁵⁶³.

La comprensión o potencial alcance de los motivos políticos en la legislación procesal y material y su correspondiente flexibilización, la posibilidad normativa de que el *ius puniendi* Estatal sea dúctil en atención al principio de oportunidad, desplazarían a la figura del indulto como mecanismo para efectuar ese tipo de concesiones.

| | | |
|---------|--|---|
| 6.3.2.1 | El indulto otorgado por razones de política interior sin perseguir paz social y concordia | Principio de oportunidad normativizado o potencial introducción en legislación (procesal y material): <i>principio de oportunidad legislado</i> |
|---------|--|---|

4.4.6.3.2.2. El indulto como instrumento utilitario para alcanzar la paz social y la concordia

La Exposición de Motivos de la LI introdujo matices significativos al justificar el régimen excepcional aplicable a los reos de los delitos de sedición y rebelión; alzamientos y levantamientos típicos contra los poderes del Estado que se orientaban, según dicta el propio texto legal, *por extravíos de la razón, más que por perversidades de corazón*. En dicha justificación preambular se admite la necesidad de reconocer un régimen excepcional no solo en atención a la naturaleza de esta clase de delitos sino acogiendo «*altas consideraciones de gobierno*»¹⁵⁶⁴, un especial interés político concreto¹⁵⁶⁵.

El Estado, como metaconcepto, –y el Derecho penal como subsistema de él¹⁵⁶⁶–, es una institución en virtud de la cual los hombres se unen y ceden parte de su libertad¹⁵⁶⁷ para conseguir una convivencia pacífica¹⁵⁶⁸ en la que se protejan realidades valiosas que aseguren

¹⁵⁶³ Adicionalmente, SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 274, nota 2: «Con un sistema flexible de imputación habría de ser posible que en el poder judicial se resolvieran estas cuestiones. Incluida la falta de oportunidad política de la sanción, que debería quedar en el ámbito sistemático de la punibilidad».

¹⁵⁶⁴ Dicho régimen excepcional también se proyectó en el texto de la LI en relación a la inexistencia de informe previo del Tribunal sentenciador y entonces también del Consejo de Estado tanto en relación con las penas por delitos de rebelión y sedición como en un supuesto de imposición de pena capital: «*Tampoco está en armonía con nuestros hábitos el rigor absoluto de la ley con muchos de los que, más por un extravío de su razón que por la perversidad de corazón, alteran el orden público o se alzan en armas contra los poderes del Estado. Por esto, el Gobierno podrá otorgar la conmutación de la pena de muerte y de las impuestas por delitos de rebelión y sedición en otras menos graves, sin necesidad de oír previamente al Tribunal sentenciador y al Consejo de Estado*».

¹⁵⁶⁵ KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», pp. 68-74.

¹⁵⁶⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», p. 581: «*función primordial del Derecho penal es garantizar los presupuestos básicos de la convivencia pacífica en sociedad*»; JAPIASSU/SOUZA, «Justiça de transição e os fins da pena», en *Revista Brasileira de Direito*, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre de 2016, p. 210; PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 23, 129.

¹⁵⁶⁷ BETTIOL, *Il problema penale*, pp. 20-21, 37-39; KANT, *Sobre la paz perpetua*, p. 26.

¹⁵⁶⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte general*, p. 18: «*La función del Derecho Penal se inserta, como es lógico, en la general función del Derecho: consecución de la paz social*»; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 21; VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 9.

KANT, *Sobre la paz perpetua*, pp. 14, 69, advierte de la amenaza constante para el estado de paz que debe (y se espera) ser instaurado: «*Si existe un deber y al mismo tiempo una esperanza fundada de que hagamos*

un estándar de libertad¹⁵⁶⁹. El medio para alcanzar dicha convivencia ante conductas contrarias a su orden será principalmente la aplicación de la justicia (incluida, en aquellos casos de mayor gravedad, la aplicación de la consecuencia jurídica anudada a la comisión de una conducta penalmente reprochable¹⁵⁷⁰), configurada como necesidad para mantener la armonía entre sus integrantes. Se acoge, en este punto, un concepto estrecho y limitado de la conceptualización de la aplicación de la justicia –en el ámbito penal–, identificándola con la eventual imposición del castigo penal al autor de un hecho delictivo.

Por una cuestión metodológica que evite un razonamiento circular y que permita cualificar la situación de análisis, no se asume un concepto de justicia amplio¹⁵⁷¹ que pudiera comprender la sustitución del castigo al penalmente responsable de un hecho delictivo por otro tipo de medidas alternativas o por la ausencia de adopción de éstas, no materializándose la aplicación de consecuencia jurídico-penal alguna ante un hecho típico (como, por ejemplo, el mero reconocimiento¹⁵⁷²).

Sin embargo, en determinadas ocasiones, es representable que ese fin de convivencia pacífica con vocación de estabilidad¹⁵⁷³ deba ser alcanzado no por la aplicación de la justicia (por la imposición del castigo penal al autor) sino por otras vías alternativas y extraordinarias que supongan su flexibilización o no aplicación estricta¹⁵⁷⁴, en atención al interés común afectado¹⁵⁷⁵. En ese especial contexto es cuando, se advierte, pueden adquirir sentido las figuras del perdón¹⁵⁷⁶.

realidad el estado de un derecho público, aunque sólo sea en una aproximación que pueda progresar hasta el infinito, la paz perpetua, (...) no es una idea vacía sino una tarea que, resolviéndose poco a poco, se acerca permanentemente a su fin».

¹⁵⁶⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», p. 69.

¹⁵⁷⁰ BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 5-6, para rebatir la prodigalidad en la concesión de indultos.

¹⁵⁷¹ AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, pp. 24, 28, 35, 62-63, 101-104, sobre el concepto amplio de justicia y la posibilidad de eventualmente engarzar ese entendimiento flexible en el art. 53 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; ENGELHART, «Objetivos de la justicia de transición», en GALAIN, *¿Justicia de transición?*, p. 28; TEITEL, *Transitional Justice*, p. 66.

¹⁵⁷² SMITH, «Ein normatives Niemandsland? Zwischen Gerechtigkeit und Versöhnungspolitik in jungen Demokratien», en SMITH/MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, p. 16.

¹⁵⁷³ ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 12-17.

¹⁵⁷⁴ TEITEL, *Transitional Justice*, p. 6: «*In its ordinary social function, law provides order and stability, but in extraordinary periods of political upheaval, law maintains order even as it enables transformation. Accordingly, in transition, the ordinary intuitions and predicates about law simply do not apply. In dynamic periods of political flux, legal responses generate a sui generi paradigm of transformative law*».

¹⁵⁷⁵ TEITEL, «Transitional Justice Genealogy», pp. 81-84.

¹⁵⁷⁶ BAUDRILLARD, «Paisaje sublunar y atonal. Entrevista con Jean Beudrillard», recogida por CZECHOWSKI, en ABEL, O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992, p. 40, identifica las figuras del perdón con instrumentos de metabolismo funcional con funciones regeneradoras; CID CEBRIÁN, «Posibilidad de pacificación social en el final de ETA», p. 75; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», p. 581: «*Como medio de ofrecimiento de vías de superación de una situación especialmente conflictiva y difícil (...). Habrían de preferirse, (...) especialmente si son consideraciones de orden "político" (más que "politico-criminal") las involucradas, el despliegue de las correspondientes medidas de gracia*»; GARCÍA MAHAMUT, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», p. 624; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 43-44, 70-71, 73, las identifica como mecanismos de reajuste social imprescindibles; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 118 ss.

Bajo dichas extraordinarias circunstancias concurrentes, la razón de Estado que entra en escena, el interés de la sociedad afectado¹⁵⁷⁷, es distinto del aducido e invocado en las anteriores tipologías de supuestos analizados, dada la posibilidad de asumir una suerte de estado de necesidad, como el descrito por KANT¹⁵⁷⁸, que no concurre en ninguno de aquéllos.

En contra de lo que pueda preliminarmente intuirse, la clave de dicha singularidad no reside en la excepcionalidad de la situación, exigencia también imprescindible pero que podría ser también predicable en relación a la consecución de otro tipo de fin –por ejemplo, el vaciamiento de cárceles tras un incendio en un establecimiento penitenciario como consecuencia de un hacinamiento de la población reclusa–, sino en el carácter extraordinario en términos sustantivos de aquella realidad, dado ese estado kantiano concurrente, y el fin último que pretende perseguirse, cuya extensión no es posible predicar respecto de los otros grupos de supuestos.

Lo que se produce en estos escenarios de análisis es una tensión¹⁵⁷⁹, un conflicto entre el ejercicio del *ius puniendi*¹⁵⁸⁰ y una razón de Estado configurada particularmente como un estadio de justicia transicional caracterizado por la heterogeneidad de la fenomenología

JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 12, 121 destaca cómo el perdón y las tres figuras de semilperdón –desgaste por tiempo (pp. 21-80), excusa intelectual (pp. 81-135) y liquidación (pp. 135-142)– ponen fin a una situación «crítica, tensa, anormal, y que había de acabar un día u otro»; (...) «El rencor atiza la Guerra fría, que es un estado de excepción, y el perdón, verdadero o falso, hace lo contrario: levanta el estado de excepción, liquida lo que el rencor sustentaba, resuelve la obsesión vindicativa. El nudo del rencor se desanuda» (p. 12); «[el perdón es] una generosa propuesta de paz (p. 121)».

¹⁵⁷⁷ HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, p. 256, § 998.

¹⁵⁷⁸ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*, pp. 231 y 232: «der, als Begnadigung, nur immer in einzelnen Fällen ausgeübt werden kann». Escenario en que el número de cómplices (*correi*) de una acción delictiva castigada con pena de muerte fuera tan grande que el Estado, para librarse de ellos, tuviera que alcanzar el extremo de no tener súbdito alguno y no quisiera disolverse. En estos casos calificables como extremos (*casus necessitatis*), se ha de tener también poder para imponer otra pena distinta de la capital, que mantenga la vida del conjunto del pueblo que, como gracia, solo puede ejercerse en casos aislados. Aduciendo dicho estado de necesidad legitimante, VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, p. 140; WERLE, «Transitional Justice», p. 804. Acogiendo esta perspectiva kantiana, SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 4, 25, apuntando a la figura del indulto como único medio eficaz para evitar un colapso en estas situaciones; pp. 53-109, destaca su utilización para posibilitar una convivencia o reconciliación nacional, un proceso de reconciliación de los pueblos (p. 55), la unión, la concordia, la paz y la seguridad (pp. 59, 63), la pacificación y concordia pública de un Estado (p. 78), la paz y convivencia (p. 82). También TEITEL, *Transitional Justice*, pp. 55-56. Una postura más reticente pero favorable, ya en PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht*, pp. 82-90, comparándolo con la figura de la *indulgentia* romana, subraya su utilización como medida de excepción a utilizar bajo circunstancias excepcionales e imprevisibles en las que, de aplicarse la justicia, «dem Staate Gefahr drohen würde» (pp. 83, 85, 88).

¹⁵⁷⁹ CASSESE, «Clemency versus retribution in post-conflict situations», en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, núm. 1, 2007, pp. 2-4; FREEMAN, *Necessary Evils*, pp. 6-7: «We are still struggling with the tension between the demands of law and the impediments of reality, and with the tension between the need to remember and the need to overlook» (p. 6); GALLEGU ARRIBAS, *Justicia transicional y ponderación de intereses. Aplicación a contextos de terrorismo (ETA y las FARC)*, Trabajo Fin de Máster tutorizado por MOLINA FERNÁNDEZ, Universidad Autónoma de Madrid, diciembre de 2016, pp. 4, 29-35, reinterpreta la tensión como colisión de deberes del Estado; TEITEL, *Transitional Justice*, pp. 11-27, 51-52, con un acercamiento a los dilemas para el Estado de Derecho que ello plantea: «In these extraordinary periods, (...), rule-of-law norms do not constitute universals. The tensions posed by adherence to the rule of law in these periods are reconciled through a number of mediating concepts» (p. 25).

¹⁵⁸⁰ TEITEL, *ibid.*, p. 3, sobre el sentido epifenómeno de la búsqueda de la justicia en estos contextos.

concreta (la consecución de la pacificación tras la agitación o revolución¹⁵⁸¹, conseguir la paz y democracia tras un régimen autocrático, la consolidación de cambios políticos democráticos anhelados, la estabilidad en un momento de postconflicto, la proyección de un gesto de reconciliación –tendente a la armonía social¹⁵⁸²– o el fin de un conflicto en el seno de un Estado¹⁵⁸³) que se inclina, por prevalencia¹⁵⁸⁴, a favor de la segunda¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸¹ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, p. 41, destaca el recurso a la figura de la amnistía en estos escenarios.

En esta finalidad podría enmarcarse la oferta del presidente sirio, Bachar al Asad, efectuada el 28 de julio de 2016, mediante la aprobación del Decreto Legislativo núm. 15/2006, en virtud del cual ofrece medidas de perdón a los combatientes que entreguen sus armas y se rindan a las autoridades en el plazo de 3 meses (<http://sana.sy/en/?p=83828> y <http://www.efe.com/efe/espana/mundo/al-asad-ofrece-un-indulto-a-los-rebeldes-que-entreguen-sus-armas/10001-2997599#>, consultadas el 29 de julio de 2016). Supondría la adopción de una cobertura de seguridad, ya prevista en el Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, pp. 13-14.

¹⁵⁸² JAPIASSU/SOUZA, «Justiça de transição e os fins da pena», p. 219, asume un concepto de reconciliación ambiciosa, que no resulta equivalente a la ausencia de violencia, sino: «É preciso que antigos antagonistas passem a compartilhar a mesma visão de futuros e valores semelhantes, para que possa haver um futuro estável».

¹⁵⁸³ ARNDT, «Das Amnestiegesetz», en *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1950, pp. 110, 113; BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 12; QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, p. 829.

A título de ejemplo, así expresamente se denomina el Punto 3 del *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* suscrito entre los delegados del Gobierno de la República de Colombia y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo el 26 de agosto de 2012 que culminó con el cese al fuego bilateral y definitivo el 23 de junio de 2016.

¹⁵⁸⁴ AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, pp. 57-62, desarrolla el test de proporcionalidad que auxilia a la ponderación de los intereses en conflicto (adecuación –seriedad y legitimidad–; necesidad y carácter indispensable; proporcionalidad en sentido estricto –limitación *ratione materiae*, limitación *ratione personae*, estadio del procedimiento, expresión de responsabilidad y valoración de efectos globales–).

Deduzco que en la metodología empleada por LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», pp. 102-113 (especialmente, pp. 103-104, 108-111), el escenario descrito podría superar el «test» de proporcionalidad en sentido estricto; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 241-263. En idéntico sentido, CALDAS BOTERO, «Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional», p. 112.

¹⁵⁸⁵ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», pp. 16, 25, 30: «el *ius puniendi* no es el interés más importante del Estado» (p. 16); BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, pp. 41-53, citando a SCHMITT, observa acertadamente ese enfrentamiento o tensión, en clave de excepción, que se salda a favor de lo que él denomina «*instancia política*» (p. 44); instancia política o soberana que es la que «*decide sobre el estado de excepción*» (p. 43): «*concebir la gracia como un atributo de la soberanía que se identifica con lo excepcional (...), permite conformar un planteamiento que, desde un plano teleológico-político y, por ende, decisionista, denota el carácter eminentemente instrumental del Derecho. Éste, pues, queda al servicio de lo Político, revelándose fundamental, por tanto, la idea de la razón de Estado*» (p. 47).

ORAKHELASHVILI, «Between impunity and accountability for serious international crimes», p. 209, defiende una postura escéptica en la que el concepto de paz (también el de justicia) no estaría objetivamente consensuado, ni se conformaría de acuerdo a estándares legales y, por tanto y en último término, estaría sujeto a manipulación.

En contra de esa inclinación a favor de la convivencia pacífica cuando se trate de crímenes que supongan violaciones de los derechos humanos: OLLÉ SESÉ, «Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales», p. 84: «*En el caso concreto de la promulgación de leyes que impedian el ejercicio de acciones judiciales, sus partidarios justifican su sanción, por razones de política criminal o en la necesidad de alcanzar la paz social, como interés preponderante a salvaguardar frente a la persecución penal de los destinatarios y beneficiarios de la ley. Tal justificación se suele reforzar con argumentos como la necesidad de reconciliación nacional o la consolidación de los regímenes democráticos, como puente entre el pasado y el futuro, con el pretexto de alcanzar una sociedad más justa. Sin embargo, la propia evolución y extensión del Derecho internacional de los dd. hh. obliga a partir de una premisa mayor: la indiscutible primacía en la protección de los dd. hh. Desde esta perspectiva, es estéril e inútil cualquier debate*

Se asume un concepto amplio de justicia de transición, en el sentido indicado, habida cuenta de la necesidad de comprender en el contexto excepcional situaciones distintas de las que configuran un concepto estricto u original, basado en las dinámicas posteriores a 1945¹⁵⁸⁶. El escenario aceptado en esta investigación como *transicional* no se constriñe a una transición de un régimen totalitario o autoritario a una democracia¹⁵⁸⁷, ni el pasado que se pretende superar tiene por qué estar caracterizado por una violación masiva y sistemática de los derechos humanos cometida bajo la cobertura de dicho régimen¹⁵⁸⁸ o por un conflicto armado¹⁵⁸⁹.

En esta tipología de contextos excepcionales de cambio profundo¹⁵⁹⁰ –*Umwälzung*– en los que prima el logro de una estabilización de la tranquilidad pública y la armonía del Estado, se podría justificar una valoración más favorable de la inaplicación íntegra de la pena que del rigor de su ejecución escrupulosa e irrestricta¹⁵⁹¹. Esto es, se renuncia a aplicar el castigo

sobre una hipotética ponderación de uno de los dos bienes en conflicto con ulterior sacrificio de uno de ellos: los dd. hh. frente a una pretendida paz social o la acción penal frente al olvido y perdón».

¹⁵⁸⁶ BARAHONA DE BRITO/AGUILAR FERNÁNDEZ/GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en mismas autoras (Eds.), *Las políticas hacia el pasado*, trad. por CUÉLLAR MENEZO/CONDOR ORDUÑA, Ed. Istmo, Madrid, 2002, pp. 31-33; MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 3-4; NINO, *Radical evil on trial*, pp. 5-16; TEITEL, «Transitional Justice Genealogy», pp. 70, 72-74; ZIELCKE, «Gnade vor Recht?», p. 464.

¹⁵⁸⁷ NINO, *Radical evil on trial*, pp. vii, x.

¹⁵⁸⁸ Informe «El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos» emitido por el Secretario General de las Naciones Unidas el 3 de agosto de 2004 (S/2004/616), p. 6: «abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación».

BENGOETXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», pp. 34-35; FISCHER, M., «Transitional Justice and Reconciliation: Theory and Practice», en AUSTIN/FISCHER/GIESSMANN (Eds.), *Advancing conflict transformation. The Berghof Handbook II*, Ed. Barbara Budrich, Opladen, 2011, p. 407: «The concept of transitional justice stems from the international human rights movement. At first, it referred to the judicial process of addressing human rights violations committed by dictatorial or repressive regimes in the course of democratic transition. Later on, the term also came to be used for processing war crimes and massive human rights abuses committed in violent conflicts (Kritz 1995; Minow 1998, 2002; Teitel 2000). The concept has increasingly gained in importance, and has been widely discussed by peacebuilding agencies engaged in war-torn societies during the past two decades. Along the way, it has gradually extended its meaning. Today it covers the establishment of tribunals, truth commissions, lustration of state administrations, settlement on reparations, and also political and societal initiatives devoted to fact-finding, reconciliation and cultures of remembrance»; MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 206; TEITEL, «Transitional Justice Genealogy», pp. 69, 76, 85-86; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 19, 25-28; VAN ZYL, «Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies», en BRYDEN/HÄNGGI (Coords.), *Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding*, Ed. Lit, Münster, 2005, p. 209; ZALAQUETT, «Confronting human rights violations committed by former governments», pp. 3-5.

La propia STS de 27 de febrero de 2012, elabora un concepto propio, no limitado a los cambios desde un régimen dictatorial, sino, normalmente, a sistemas que califica como “antagónicos”: «“derecho transicional” a aquella rama del ordenamiento jurídico cuyo objeto de análisis y estudio es la ordenación pacífica de los cambios de un régimen a otro, tratando de superar las heridas existentes en la sociedad como resultado de las violaciones a derechos humanos, avanzar en los procesos de reconciliación y garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la verdad, a la justicia y a la reparación».

¹⁵⁸⁹ MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», p. 8.

¹⁵⁹⁰ BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», pp. 43-44; WERLE, «Transitional Justice», pp. 791-792; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 13.

¹⁵⁹¹ IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, p. 473.

integral porque la justicia y la necesidad de su imposición ceden frente a esos otros valores de convivencia pacífica que se quieren alcanzar¹⁵⁹².

Para lograr esa renuncia extraordinaria o esa flexibilización excepcional, la figura del perdón no es apriorísticamente reemplazable por ninguna otra medida alternativa o sustitutiva.

Si bien la renuncia no puede ser llevada a cabo sino por los mecanismos de perdón, no puede desatenderse que, en función de la tipología de fenómeno transicional que se produzca, la opción de la renuncia del castigo penal para enfrentarse a las injusticias del pasado puede ser elegida como la única opción que se aplique¹⁵⁹³, o descartarse¹⁵⁹⁴, o utilizarse conjuntamente con otros mecanismos¹⁵⁹⁵ (que podrán ser empleados bajo distintos niveles de intensidad) que se han venido a denominar *toolbox*¹⁵⁹⁶ o set de herramientas de la justicia transicional¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹² RIEFF, *Elogio del olvido*, pp. 113-114; SILVA SÁNCHEZ, «El perdón: prólogo para penalistas», considera razonable la cesión ante estos intereses jurídico-políticos.

ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo I, Ed. Imprenta del Colegio de Sordomudos, Madrid, 1838, 2ª ed., voz «Amnistía», p. 244: «En los delitos complicados que nacen de espíritu de partido conviene las más veces echar un velo que los cubra, porque la sociedad perdería más con la ejecución de la pena que con la impunidad. La ley penal en materias políticas persigue a veces delitos de mal imaginario, suele dar lugar a procedimientos errados, abriendo la puerta a la influencia de las pasiones antipáticas, corre el riesgo de envolver en su esfera un número inmenso de personas, llevando a un punto espantoso el mal derivativo y el de la alarma, y se expone por consiguiente más de una vez a producir o aumentar el mal que quería evitar. Se ha visto en tiempos de facción formarse conspiraciones al pie del cadalso en que caían las cabezas de conspiradores o sediciosos; y en tiempos de amnistía se ha visto por el contrario restablecerse el orden y entrar todo el mundo en la línea de sus deberes».

¹⁵⁹³ DUGARD, «Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?», p. 1001, sobre la superación de la amnistía como único mecanismo histórico en situaciones transicionales; ENGELHART, «Objetivos de la justicia de transición», en GALAIN, *¿Justicia de transición?*, p. 37.

¹⁵⁹⁴ OLASOLO, «Condiciones de posibilidad para la aplicación de los conceptos positivos de paz y justicia de transición?», en GALAIN, *¿Justicia de transición?*, p. 14.

¹⁵⁹⁵ Vid. como referentes: AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, pp. 32, 46-57; y WERLE, «Transitional Justice», pp. 792-797.

También, BARAHONA DE BRITO/AGUILAR FERNÁNDEZ/GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Las políticas hacia el pasado*, pp. 29-30; BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», p. 53; GOLDSTONE, «Frieden und Gerechtigkeit – Ein unvereinbarer Gegensatz?», en SMITH/MARGALIT (Dir.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, p. 40; TORELLY, «Historische Deutungen und Transitional Justice», en NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, pp. 55-56; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 24, 32; ZALAUQUETT, «Confronting human rights violations committed by former governments», pp. 10-14, quien, sobre las medidas de perdón, indica que éstas pueden consistir en amnistías totales o parciales, en perdones, en reducciones generales de las sentencias u otros mecanismos especiales (p. 13).

¹⁵⁹⁶ BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», pp. 30, 32, 35-40; LAPLANTE, «Outlawing amnesty: the return of criminal justice in transitional justice schemes», en *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, 2009, pp. 942-943: «a hard and fast contingent continues to advocate that some amnesties should remain in the “toolbox of conflict resolution” because of their usefulness for peacemaking»; REISMAN, «Legal responses to genocide and other massive violations of human rights», en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, otoño de 1996, pp. 78-80: «the varied circumstances of the international community are such that, rather than a single institution, a toolbox of different institutions should be on hand. There is no general institution that can be applied as a paradigm for all circumstances. In each context, an institution appropriate to the protection and re-establishment of public order in the unique circumstances that prevail must be fashioned such that it provides the greatest return on all the relevant goals of public order. Thus, these tools may be adapted and used in particular circumstances to fulfill, in the most optimal fashion possible, the fundamental goals of international law: the protection and reestablishment of public order»; WEIFFEN, «From domestic to international instruments for dealing with a violent past», en ASSMANN/SHORTT, *Memory and political change*, Ed. Palgrave Macmillan, Basingstoke (Hampshire), 2012,

Dichos instrumentos se relacionarían entre sí, sistémicamente¹⁵⁹⁸ y de forma holística¹⁵⁹⁹, cuando ello sea posible¹⁶⁰⁰, para acoger factores propios de la denominada justicia restaurativa¹⁶⁰¹–restitutiva¹⁶⁰² (que repara), tendente a la reconciliación¹⁶⁰³.

pp. 92-94:«Despite the range of different options on how to deal with a violent past, transitional justice mechanisms do not come as a pre-prepared toolbox where policy makers simply have to choose the most appropriate instrument applicable to their case. These instruments were developed over time and different types of transitional justice are linked to the historical context of their emergence» (p. 94).

En relación al periodo de transición española, la STS de 27 de febrero de 2012 apunta: «[La Ley 46/1977] Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada “transición” española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía».

¹⁵⁹⁷ GALAIN, «A modo de introducción», en mismo autor (Ed.), *¿Justicia de transición?*, pp. 20-21: «Estado de Derecho que, por un lado recurre al Derecho penal y a otros medios alternativos y/o complementarios para la explicación del pasado y para la distribución de responsabilidades, y por otro, ofrece mecanismos de reparación y reconocimiento a las víctimas»; VAN ZYL, «Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies», pp. 210-214.

¹⁵⁹⁸ ENGELHART, «Objetivos de la justicia de transición», en GALAIN, *¿Justicia de transición?*, pp. 61-63.

¹⁵⁹⁹ Informe «El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos» emitido por el Secretario General de las Naciones Unidas el 3 de agosto de 2004 (S/2004/616), p. 12.

FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, p. 28; DE GREIFF, «Vetting and Transitional Justice», en MAYER-RIECKH/DE GREIFF (Dir.), *Justice as prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies*, Ed. Social Science Research Council, Nueva York, 2007, pp. 530-531, 536; STAHN, «The Geometry of Transitional Justice», pp. 426-427, 452-459.

¹⁶⁰⁰ Habrá que tener en cuenta distintas limitaciones como, por ejemplo, el carácter subsidiario de la Corte Penal Internacional.

BENGOETXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», p. 38; OLLÉ SESÉ, «Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales», p. 79.

Sobre este particular, CALDAS BOTERO, «Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional», p. 108, apunta certeramente a que, por ejemplo, en el caso de las comisiones de la verdad o de la verdad y de la reconciliación, habrá de ser especialmente cautos porque, como organismo *sui generis*, puede entrar en conflicto con atribuciones constitucionales asignadas al poder legislativo o al ejecutivo (por ejemplo, con la competencia para el otorgamiento de indultos o amnistías).

¹⁶⁰¹ TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, pp. 203-204, 210-211; CALDAS BOTERO, «Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional», pp. 111-112; FERNÁNDEZ MANZANO, «Restorative Justice, Forgiveness and Reparation for the Victims», pp. 394- 396, 399-400, incidiendo en las medidas restaurativas adoptadas para gestionar el terrorismo de ETA (por ejemplo, los que denomina «*encuentros restaurativos*»); FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», p. 150; LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 62-63; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 87-94, 120-135, destaca, acertadamente, que la persecución penal de los crímenes cometidos y los mecanismos de la justicia restaurativa no son recíprocamente excluyentes (p. 92); ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», pp. 68-69, sostiene que los esquemas de la justicia retributiva se ven desbordados en estas situaciones.

STRELAN/FEATHER/McKEE, «Retributive and Inclusive Justice Goals and Forgiveness: The Influence of Motivational Values», en *Social Justice Research*, vol. 24, núm. 2, 2011, pp. 127-130, 133-139; STRELAN/VAN PROOIJEN, «Retribution and forgiveness: The healing effects of punishing for just deserts», en *European Journal of Social Psychology*, núm. 43, 2013, pp. 547-552 (especialmente, p. 552), sobre la demostración experimental de que los mecanismos de justicia restaurativa son, a efectos de conseguir alcanzar el perdón de las víctimas, más adecuados que los esquemas de la justicia retributiva; y cómo a través de estos últimos se consigue alcanzar mejor el perdón (correlación positiva) que si no se adopta ningún tipo de justicia, bajo cualquiera de sus formas.

¹⁶⁰² Resolución 2002/12, Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal, aprobada el 24 de julio de 2002 por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Dentro de las definiciones que se proporcionan en su Anexo, destáquese lo que ha de entenderse por

Las combinaciones entre unos y otros son múltiples¹⁶⁰⁴ y adaptables¹⁶⁰⁵:

[a] Desarme, desmovilización y programas de reintegración¹⁶⁰⁶. Dichas actuaciones pueden verse acompañadas de programas de reubicación y

resultado restitutivo: «*acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restitutivo. Entre los resultados restitutivos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente*».

¹⁶⁰³ BENOMAR, «Justice after transitions», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, pp. 32-34, sobre la dicotomía retribución versus reconciliación; NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1334-1335; STEIKER, «Tempering or Tampering? Mercy and the Administration of Criminal Justice», en SARAT/HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, pp. 29-30; TEITEL, «Transitional Justice Genealogy», pp. 77-81.

FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, pp. 9, nota 10, 25-27, divide entre la vertiente retributiva (jurisdicción internacional, nacional y tribunales mixtos), la restaurativa o reparadora (proceso de reconocimiento de lo que ocurrió y reparación de las víctimas a través de comisiones de la verdad y programas de reparaciones materiales y simbólicas) y la institucional (reformas institucionales y programas de depuración). DE GREIFF, «Articulating the links between Transitional Justice and Development: Justice and Social Integration», en DE GREIFF/DUTHIE (Eds.), *Transitional Justice and development, Making connections*, Ed. Social Science Research Council, Nueva York, 2009, pp. 28-75 (especialmente, pp. 48-49) incorpora un cuarto componente social-educativo que relacione la justicia transicional con el desarrollo interno del país.

BARAHONA DE BRITO/AGUILAR FERNÁNDEZ/GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Las políticas hacia el pasado*, pp. 57-58, 67-68, contrarias a la posibilidad de que se pueda alcanzar una reconciliación social y a favor de sustituir dicho concepto por la fórmula de «*verdad y justicia para reafirmar el gobierno democrático*».

¹⁶⁰⁴ STAHN, «The Geometry of Transitional Justice», pp. 425-466, destaca que en la elección y configuración de una de las alternativas influirán múltiples factores. Entre ellos, STAHN destaca la capacidad nacional (en relación a su legitimación e independencia), la legislación aplicable, la etapa del proceso de transición en el que se esté, el tipo de conflicto que se haya producido (por ejemplo, si se trata de un conflicto étnico y se ha ejercido una opresión sistemática), las facultades de ejecución (relacionada con la obtención y práctica de los elementos probatorios), la posible necesidad de sustituir las amnistías nacionales que se encuentran en el derecho doméstico o el alcance de participación de los actores internacionales en el proceso de paz. Desde una perspectiva práctica, FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, pp. 78-79: «*Desde 1970 hasta el año 2004, 129 países han utilizado alguno de sus mecanismos, incluidas las amnistías. En total 848 medidas transicionales de las que las más utilizadas han sido, por este orden, las amnistías (424), los enjuiciamientos (267), las comisiones de la verdad (68), los procesos de depuración (54), y las reparaciones (35)*».

Por ejemplo, TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 46-47, 64, 76, 101, 102-105, 147-148, propone un doble mecanismo, en atención a los crímenes más graves en materia de derechos humanos: (i) para aquellos sujetos a quienes se les considere principales responsables, la investigación y condena no debe ser excluida y, en su caso (si la paz y la estabilidad del sistema democrático peligra), pueden establecerse mecanismos de reducción de penas, bajo determinados requisitos (por ejemplo, entrega de armas, narración de la verdad, reparación o arrepentimiento); y (ii) para el resto y si ello se representa necesario para terminar el periodo de abusos y violaciones de derechos, pueden ser aplicadas amnistías a cambio de la desmovilización y entrega de armas, arrepentimiento, reconocimiento y narración de la verdad, contribución a reparación de las víctimas. De lo anterior podría deducirse que TORRES AGÜERO no descartaría la aplicación del indulto, de ser necesario, aunque los condenados fueran los principales responsables de graves violaciones de derechos humanos. FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», p. 150; GALLEGO ARRIBAS, *Justicia transicional y ponderación de intereses*, p. 39; y STAHN, «The Geometry of Transitional Justice», pp. 459, 465, en apoyo de la tesis mantenida por TORRES AGÜERO, apuntan a la necesidad de diferenciar entre tipos de actores (principales responsables y responsables de bajo nivel). FERRAJOLI va un paso más allá, defendiendo que «*sólo los máximos responsables de tales crímenes deben ser sometidos a este tipo de justicia penal*». PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 11-12, nota 38, sobre la aplicación del *principle of selectivity* y las controversias que genera.

¹⁶⁰⁵ LÓPEZ, R. E., «La complementariedad de los mecanismos de justicia de transición», conferencia celebrada el 18 de octubre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid; SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 40; STAHN, «The Geometry of Transitional Justice», p. 428.

repatriación de grupos armados extranjeros y reforzadas por medidas de reintegración¹⁶⁰⁷.

[b] Persecución penal¹⁶⁰⁸ (nacional¹⁶⁰⁹, internacional¹⁶¹⁰ o híbrida) y/o concesión de indultos o amnistías¹⁶¹¹, sujetos a condiciones o incondicionados. Dichos

¹⁶⁰⁶ PENSKY, «Amnesty on trial», p. 11, sobre los programas denominados DDR (Disarmament-Demobilization-Reintegration).

¹⁶⁰⁷ Así, por ejemplo, se trata de implantar por parte de la misión de las Naciones Unidas para el Congo y la región de los Grandes Lagos un programa DDR-RR (Disarmament, Demobilization, Repatriation, Reintegration and Resettlement of foreign armed groups). Vid. Report of the Secretary-General on the United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo, emitido el 10 de marzo de 2017, pp. 4-5.

¹⁶⁰⁸ ALBON, «Project on justice in times of transition: report of the project's inaugural meeting», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, pp. 45-47; CASSESE, «Clemency versus retribution in post-conflict situations», pp. 7-9, a favor de la persecución penal para «los crímenes más horribles»; ESER, «Precauciones transnacionales contra la impunidad de crímenes internacionales. El caso Uruguay a la luz de un proyecto comparado sobre la justicia de transición», en GALAIN, *¿Justicia de transición?*, pp. 69-70, sobre el principio de *ultima ratio* del Derecho penal en estos contextos; JÄGER, «Amnestie für staatliche Verbrechen?», pp. 470-472.

Sin embargo, MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 213, incide en que no siempre el proceso penal es la solución; para la consolidación de la paz y la reconciliación social, existen otros medios (condiciones económicas, sociales y culturales).

Con un pensamiento paralelo, JAPIASSU/SOUZA, «Justiça de transição e os fins da pena», p. 219, en el sentido de que los procedimientos penales pueden facilitar la reconciliación, pero no serán suficientes, dado que los procesos transicionales son largos.

TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 84, 147, determina que la imposición de castigos en toda su extensión requiere una situación en la que uno de los actores del conflicto haya logrado vencer por completo al otro actor.

¹⁶⁰⁹ ORAKHELASHVILI, «Between impunity and accountability for serious international crimes», pp. 208, 210, 213, 225, 231-232, asume la persecución penal como la necesaria precondition para la reconciliación nacional –aunque la persecución de los líderes individuales no garantice la completa y efectiva rendición de cuentas y la transición de la sociedad– y considera que los tribunales nacionales son los más adecuados para llevarla a cabo, dada la crisis de credibilidad y eficiencia de los tribunales internacionales (por aparecer como selectivos y su motivación política): «*The key to the solution of this problem is the indiscriminate implementation of the legal regime of international criminal responsibility, of which the role of national courts is the key element*».

Sobre los problemas señalados por ORAKHELASHVILI de falta de legitimidad y credibilidad de la actuación de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales de la Organización de las Naciones Unidas, incisivo, PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 14, 45-46, 87-99, 110-123, 183, 202-203, 209. Dicho autor incide en el cuestionamiento de la legitimación de aquellos tribunales por la asimetría del orden mundial, guiado por potencias hegemónicas en función de valores occidentales, para concluir: «*se trata de un instrumento que puede ser considerado mero ejercicio de fuerza (punitiva) selectiva, arbitraria y hasta casual*» (p. 209).

¹⁶¹⁰ NINO, *Radical evil on trial*, pp. 187-189; OLLÉ SESÉ, «Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales», p. 80; STAHN, «The Geometry of Transitional Justice», pp. 459-465; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, p. 148.

PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 47-49, 51, 139, crítico con los tribunales especiales o *ad hoc* (de Yugoslavia y Ruanda) por ser expresamente incompatibles con el derecho fundamental de todo acusado a ser juzgado por un poder judicial establecido previamente por la ley, al juez legal ordinario y por estar preconditionados para penar. También crítico, MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, pp. 218-226, quien pone en entredicho la supuesta contribución de la justicia penal internacional a la paz, advirtiendo que, según ella, la labor de los tribunales penales internacionales no favorece la reconciliación.

¹⁶¹¹ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 120-122, sobre el necesario equilibrio entre memoria y olvido y perdón: «*El perdón es un instrumento necesario para alcanzar la paz social. (...) Aunque hay diferentes voces que abogan por la desaparición de las formas que adopta el perdón en nuestro ordenamiento, tanto del indulto como de la amnistía, no creo que sea posible prescindir de ninguna de las dos en cuanto instituciones que favorecen la paz social*» (p. 121); TEITEL, *Transitional Justice*, pp. 28-67: «*At these times, transitions often result from negotiations, and, in this context, criminal justice often becomes a bargaining chip, with the agreement to amnesty the predicate for liberalizing*

prerrequisitos pueden referirse a las condiciones de aplicabilidad de las medidas de perdón (por ejemplo, la determinación de los hechos y responsabilidad de los sujetos)¹⁶¹².

Como advierte SILVA SÁNCHEZ, serían las denominadas *doctrinas de lucha contra la impunidad*, relacionadas con la configuración de un derecho a las víctimas al castigo¹⁶¹³, las que propugnarían un uso irrestricto al Derecho penal, eliminando cualquier posibilidad de relajación o combinación con los otros mecanismos¹⁶¹⁴.

NINO, quien reconoce aceptar los postulados de las teorías bautizadas como legalistas¹⁶¹⁵, destaca los problemas que pueden aparecer al tratar de enjuiciar los crímenes internacionales y las violaciones de derechos humanos (tales como el problema de la vinculación al Derecho internacional o la legitimidad de los Tribunales internacionales para tratar asuntos estatales, las cláusulas de

the political order» (p. 51); «*Transitional amnesty bargains are often struck to stabilize and consolidate the transition. Yet, what this implies, perhaps paradoxically, is that amnesties are made conditional on other political interests of the society in the transition, and, therefore it appears that the predicates for punishment's waiver are often not dissimilar from those for its exercise*» (p. 54). MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 4-5, 11, advierte de que la aplicación irrestricta de la justicia pena puede perjudicar los objetivos de la justicia de transición, para afirmar que: «*Todas estas circunstancias excepcionales apuntan hacia la oportunidad de suspender, limitar o diferenciar el ejercicio de la acción penal*». WEIFFEN, «From domestic to international instruments for dealing with a violent past», pp. 90-92, con una síntesis sobre los argumentos para adoptar una u otra opción, subraya: «*In most situations, amnesty is required in order to establish the new democracy on a solid basis. It is deemed preferable to consolidate the peace of a country where human rights are guaranteed today rather than to retroactively seek a justice that could compromise that peace*» (p. 91).

¹⁶¹² MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 157-162, sobre los problemas derivados de la aplicación de la doctrina Aylwin; mismo autor, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», pp. 22-23: «*Una tesis que favorece el desarrollo de un proceso penal que necesariamente ha de conducir al sobreseimiento definitivo no es una tesis aceptable en atención a los criterios de justicia política que condicionan la legitimidad del proceso penal*» (p. 22).

¹⁶¹³ GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», pp. 4, 7, 30; NINO, *Radical evil on trial*, p. 136, sobre la asunción por las víctimas de premisas retributivas; PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 8-9.

¹⁶¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 40. En el mismo sentido, GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», p. 13.

Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», pp. 25-26, 33-34, sobre el deber de ejecución de la pena construido por la jurisprudencia del TEDH y sobre la incompreensión de que quede constreñido a determinados tipos de delitos, siendo generalizable.

OLLÉ SESÉ, «Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales», *passim* (especialmente, pp. 81-83, 85, 87-90, 96-97), podría considerarse un representante de ellas. OLLÉ SESÉ sostiene que sin justicia efectiva no pueden consolidarse los procesos democráticos. Por ello está en contra de las leyes de amnistía, del indulto y de las comisiones de la verdad. En relación con el indulto, sin embargo y pese a su oposición, reconoce que: «*el Derecho internacional no excluye esta gracia*».

En contra de ellas, FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», p. 152; PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 66-74, las critica porque, en ese afán por obtener una condena «*cueste lo que cueste*», pretenden relajar garantías en el ejercicio del poder penal, saltándose principios que lo vertebran y anudándole funciones que no están a su alcance: «*la fobia a la impunidad genera un entusiasmo por lo punitivo que exige al poder penal mucho más de lo que está al alcance de su capacidad de rendimiento*» (p. 72).

¹⁶¹⁵ NINO, *Radical evil on trial*, p. x. Nótese que, para referirse al castigo de los hechos cometidos en el pasado, NINO emplea durante toda su obra el concepto de «*justicia retroactiva*»; término que pudiera generar confusión.

prescripción de los delitos o la prohibición de retroactividad de las disposiciones penales desfavorables)¹⁶¹⁶.

Por último, no debe desatenderse la potencial aparición de dos fenómenos que pueden incidir en la determinación y exigencia de responsabilidades en contextos de transición, cuales son la posibilidad de que los agentes puedan ser considerados, simultáneamente, víctimas y autores¹⁶¹⁷, y la eventualidad de que, para exigir responsabilidad, deba acudir a de la figura del superior o mando, en estructuras jerarquizadas¹⁶¹⁸.

[c] Comisiones de la verdad o de la verdad y la reconciliación¹⁶¹⁹. Se distinguirán del procedimiento penal en que éste no se dirige a efectuar una investigación histórica retrospectiva y general de los hechos acaecidos sino, con los controles propios del Estado de Derecho, al eventual dictado, si procede, de una sentencia en el seno de la jurisdicción penal respecto del potencial responsable¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁶ NINO, *Radical evil on trial*, pp. x-xi, 23-24, 38-40, 149-185. En este sentido, criticando el movimiento de lucha contra la impunidad, PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 67-70.

¹⁶¹⁷ ATRIA LEMAITRE, «Reconciliation and Reconstitution», en VEITCH (Coord.), *Law and the Politics of Reconciliation*, Ed. Ashgate, Aldershot-Burlington, 2007, pp. 34-45, asume que uno de los objetivos más importantes de las políticas de transición es la reconciliación (p. 34), acogiendo un concepto en el que se asume la simetría porque, desde un punto de vista político, según ATRIA LEMAITRE, sería defendible entender que los autores también son víctimas –por el proceso de deshumanización sufrido, la pérdida de su capacidad de ser humanos– (pp. 43-45); TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, p. 32.

¹⁶¹⁸ MAUGERI, A.M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Ed. Giuffrè, Milán, 2007, *passim* (especialmente, pp. 43, 161-288), sobre los requisitos que han de concurrir para poder exigir responsabilidad penal por la violación del deber del superior de garantizar (no impedir o no punir) comportamientos apropiados de quien tuvo al mando.

¹⁶¹⁹ BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», pp. 38-39; CAMPAGNA, «Amnestie», p. 546, las contrapone a la amnistía aletheica; CASSESE, «Clemency versus retribution in post-conflict situations», pp. 10-11, las sitúa en el camino intermedio entre la persecución penal y la aplicación de amnistías; DUGARD, «Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?», pp. 1005-1006, 1012, 1015; FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, p. 26; NINO, *Radical evil on trial*, pp. 133, 146-147, no descarta que el proceso público de deliberación necesario para instaurar la democracia sea obtenido a través de las comisiones de la verdad, instituyéndose como mecanismos menos intrusivos, si bien se decanta por la obtención de la verdad a través de un juicio, dado que: «*The trials promote public deliberation in a unique manner*»; STAHN, «The Geometry of Transitional Justice», pp. 428-435; TAMARIT SUMALLA, «Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad», pp. 46-51; TEITEL, «Transitional Justice Genealogy», p. 78, las define como: «*A truth commission is an official body, often created by a national government, to investigate, document, and report upon human rights abuses within a country over a specified period of time*». Misma autora, *Transitional Justice*, pp. 81-83, destaca el enfoque epistemológico de la verdad oficial.

BARAHONA DE BRITO/AGUILAR FERNÁNDEZ/GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Las políticas hacia el pasado*, pp. 66-67, críticas, al considerar que serán selectivas en la imagen parcial que trazan.

ORAKHELASHVILI, «Between impunity and accountability for serious international crimes», pp. 226-228, duda del éxito de la experiencia sudafricana, considera que no es extrapolable a otros contextos transicionales (por ejemplo, el de Sierra Leona) y concluye que una comisión de la verdad solo, sin que se lleven a cabo procedimientos penales (en su lugar o en paralelo) no asegura la justicia ni elimina la división social.

¹⁶²⁰ STS de 27 de febrero de 2012, en el procedimiento seguido por el delito de prevaricación judicial contra el entonces titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, no condenado en dicha causa: «*Esta pretensión, legítima en su planteamiento de demanda de tutela, no podía ser atendida en su integridad, pues debe quedar fuera de la respuesta la pretensión relativa a los denominados juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, muerte,*

Ilustrativos resultan en este concreto punto tanto la frase acuñada por CASSESE, que refiere que los jueces no actúan como historiadores¹⁶²¹, como el enunciado formulado por PASTOR, D. R., destacando que «*un juicio penal no es el juicio de la historia*»¹⁶²².

Sin embargo, con limitaciones¹⁶²³, las comisiones estarían dirigidas a la elaboración de una memoria colectiva¹⁶²⁴, esencial para la definición de un pueblo

prescripción o amnistía. Por lo tanto, en estos casos, los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado. El sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. (...) No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa (...) Mas bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes. Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones. Como hemos señalado, el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho. (...) Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados. El método de investigación judicial no es el propio del historiador. En definitiva, si son patentes las diferencias entre memoria e historia, también lo son las que existen entre ésta y las resultantes de una indagación judicial realizada con una finalidad distinta de la que persigue el historiador». Cfr. sentencia de 24 de febrero de 2011 de la CIDH, caso Gelman contra Uruguay, sin embargo: «La satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades».

Vid. MACULAN, «Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales», pp. 503-506, 517; SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 45, sobre el hecho de que la reconstrucción procesal del hecho histórico no pretenda declarar la verdad de lo acontecido, sino sentar las bases para la atribución de responsabilidad y el carácter limitado de la verdad como resultado de atribución del reproche.

LÜDERSEN, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 114-115, plantea la posibilidad de reformar, en entornos de transición, el procedimiento penal para limitarlo a la constatación del injusto y la culpabilidad, dado el potencial elevado número de procedimientos penales y la necesidad de satisfacer el fin resocializador.

¹⁶²¹ CASSESE, «Clemency versus retribution in post-conflict situations», p. 8. BONDI, «Vietato vietare», p. 269, sobre el necesario distingo de la «*verità processuale*»; TODOROV, *Los abusos de la memoria*, pp. 56-57, escéptico, defiende con contundencia que los procesos judiciales no son útiles para la memoria (colectiva), advirtiendo que, para realizar esa función, ofrecer una imagen precisa del pasado, los tribunales son superados por los libros de historia.

En el sentido apuntado por CASSESE, al resolver sobre la inconstitucionalidad del art. 607. 2 CP, STC de 7 de noviembre de 2007.

¹⁶²² PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 123-128, (especialmente, p. 126), destaca que el proceso penal, sometido a límites y garantías del Estado de Derecho, no se dirige a obtener una verdad histórica –funciones que las comisiones de la verdad cumplirían–, ni permitir la persistencia de la memoria. En el mismo sentido, MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, pp. 229-234.

¹⁶²³ MALAMUD GOTI, «What's good and bad about blame and victims», pp. 636, 641-646; SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 45.

Vid. [apartado 2.1.1. Aproximación al concepto de indulto](#).

¹⁶²⁴ FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, p. 26.

o nación¹⁶²⁵ y a la búsqueda de la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado¹⁶²⁶. Entre sus objetivos prioritarios se encontrarían el reconocimiento de las víctimas como tales¹⁶²⁷, a los efectos de su rehabilitación y recuperación de su dignidad¹⁶²⁸, y la salvaguardia contra la repetición de los hechos investigados¹⁶²⁹. Ambos se instituirían, para algunos autores, como elementos imprescindibles de un verdadero proceso de reconciliación¹⁶³⁰.

[d] Reparación de las víctimas¹⁶³¹ o justicia de reparación¹⁶³²: programas de reconocimiento, restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción (pudiendo ser incluido el derecho a la verdad¹⁶³³) y garantía de no repetición.

El art. 41 del Proyecto de Ley de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía (Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 420, de 10 de marzo de 2017), prevé la constitución de un grupo de trabajo o comisión independiente encargada de elaborar un informe desde la Guerra Civil hasta la aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre las graves violaciones de derechos humanos y/o del derecho humanitario internacional. La definición asumida por el grupo de trabajo o comisión independiente se extrae de la definición de comisión de la verdad plasmada en el punto D de las definiciones del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, emitido el 2 de agosto de 2005 por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (E/CN.4/2005/102/Add.1). En esta línea, la Disposición Adicional Sexta del Proyecto de Ley, de la Generalitat, de memoria democrática y por la convivencia de la Comunitat Valenciana (Butlletí Oficial de les Corts núm. 162, de 15 de marzo de 2017), acuerda solicitar al Gobierno la creación de una comisión de la verdad.

¹⁶²⁵ RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation? Conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882*, Ed. C. Lévy, París, 1882, 2ª ed., p. 26: «*Una nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis*».

BENGOETXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», p. 43; RIEFF, *Elogio del olvido, passim* (especialmente, pp. 43-46, 52, 83, 119-120, 138, 143-144, 167-171) incide en que la memoria (o rememoración histórica) como elemento que construye la identidad no es equivalente a la exactitud histórica. De hecho, advierte (pp. 47-48, 83) que la matización histórica, como aproximación a la exactitud, puede desintegrar la unidad del discurso histórico y con ello agrietar la identidad de un país; TORRALBA, *El perdón*, pp. 29-30.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía (Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 420, de 10 de marzo de 2017), señala expresamente que la memoria del pasado y la pedagogía social son factores de identidad política para Andalucía.

¹⁶²⁶ AGUIRRE MONASTERIO, «La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización», p. 79, compara gráficamente la verdad con un desinfectante, «*necesario pero que escuece*».

¹⁶²⁷ TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 105-110.

¹⁶²⁸ FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», p. 150; MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, pp. 228-229; TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, pp. 75-77, 81-83; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», p. 64.

¹⁶²⁹ De conformidad con el Principio 2 y 3 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, emitido el 2 de agosto de 2005 por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (E/CN.4/2005/102/Add.1). AGUIRRE MONASTERIO, «La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización», p. 86.

¹⁶³⁰ AGUIRRE MONASTERIO, *ibid.*, pp. 79-82; FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», pp. 151-152.

¹⁶³¹ Disposiciones 18 a 23 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Resolución núm. 60/147, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005).

Los programas de satisfacción no se centrarían exclusivamente en medidas de compensación económica¹⁶³⁴, sino que podrían comprender asistencia terapéutica y médica o medidas de reparación moral –como la elaboración de listas de víctimas¹⁶³⁵, de registros históricos¹⁶³⁶ o la colocación de monumentos¹⁶³⁷–.

[e] Programas de lustraciones, despidos o separaciones del servicio, purgas y mecanismos de depuración análogos (de funcionarios, policía, fuerzas armadas o sistema judicial)¹⁶³⁸.

Dichos programas se insertan dentro de aquellas medidas relacionadas con la ejecución de reformas institucionales¹⁶³⁹, entre las que también pueden

VALLÈS MUÑO, «Amnistía y responsabilidad civil», pp. 3, 20-42, sobre los programas estatal y autonómicos de reparación de las víctimas (no de resarcimiento del daño o de indemnización) articulados a través de la Disposición Adicional Decimoctava, de indemnizaciones a favor de quienes sufrieron prisión como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, y de la normativa autonómica (en virtud del título competencial de asistencia social).

¹⁶³² CANÇADO TRINDADE, «Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal», pp. 29-33, incide en su inevitable carácter limitado; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», pp. 64-65, 74-75.

En este paquete de mecanismos podrían encuadrarse las medidas de reconocimiento y protección integral dictadas en España; por ejemplo: Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo; RD 671/2013, de 6 de septiembre, de desarrollo de la precedente Ley; Decreto 107/2012, de 12 de junio, de declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco; o Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999 (especialmente ilustrativo, su art. 7).

¹⁶³³ Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, p. 22.

El punto 22 de la Resolución núm. 60/147, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, comprende expresamente, dentro de las medidas de satisfacción de las víctimas: «*La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad*».

SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 45, señala que difícilmente puede negarse la existencia de un derecho de las víctimas y de sus familiares al conocimiento de la verdad, radicando el carácter problemático de la cuestión en sostener que su satisfacción deba efectuarse en un procedimiento penal.

Para CANÇADO TRINDADE, «Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal», p. 30: «*El derecho a la verdad se vincula al deber ineludible del Estado de realizar una investigación seria y efectiva de los hechos que generaron las violaciones de los derechos humanos e identificar, juzgar y sancionar a los responsables, para evitar la indefensión de las víctimas y de sus familiares, y garantizar la no repetición crónica de las violaciones de sus derechos*».

¹⁶³⁴ TEITEL, *Transitional Justice*, pp. 119-147, advierte: «*Transitional reparations publicly recognize and instantiate individual rights that are, in a sense, predominantly symbolic*» (p. 146).

¹⁶³⁵ Por ejemplo, los arts. 4 y 5 del Proyecto de Ley, de la Generalitat, de memoria democrática y por la convivencia de la Comunitat Valenciana (Butlletí Oficial de les Corts núm. 162, de 15 de marzo de 2017).

¹⁶³⁶ RIEFF, *Elogio del olvido*, pp. 106-107.

¹⁶³⁷ AGUIRRE MONASTERIO, «La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización», pp. 84-85.

¹⁶³⁸ ALBON, «Project on justice in times of transition», pp. 50-52, pone como ejemplo la antigua Checoslovaquia; CAMPAGNA, «Amnestie», pp. 534, 545-546, las relaciona, en un sentido opuesto, con las que denomina «amnistías sociales»; CASSESE, «Clemency versus retribution in post-conflict situations», p. 4; TEITEL, *Transitional Justice*, pp. 149-189.

NINO, *Radical evil on trial*, pp. 22-23, analizando los programas seguidos en la antigua Checoslovaquia, Alemania o Polonia, comprende también las purgas que puedan realizarse en el sector educativo.

¹⁶³⁹ FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», pp. 153-158; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 135-145.

comprenderse las iniciativas de investigación de antecedentes en la administración pública (*vetting*)¹⁶⁴⁰.

Como apuntaran ZIELCKE¹⁶⁴¹ y JÄGER¹⁶⁴² en relación a la República Democrática Alemana o NINO¹⁶⁴³, una de las cuestiones más sensibles a resolver, serán aquellos casos en los que se deba lidiar con una patología sistémica, con un problema estructural derivado de la cuestión de violencia colectiva¹⁶⁴⁴, en el que exista una gran parte de la población que pudiera haber trabajado activamente y apoyado a un sistema represivo con el que se pretende terminar, a los fines de establecer un nuevo Estado de Derecho.

[f] Otras formas de justicia transicional no occidental (dependiente de la idiosincrasia de los pueblos y tradiciones propias de éstos)¹⁶⁴⁵.

[g] Definición de un nuevo marco constitucional¹⁶⁴⁶, institucional¹⁶⁴⁷ y social¹⁶⁴⁸, que podría estar acompañado de políticas de revelaciones (apertura de archivos y registros de la policía política y la administración), de comisiones parlamentarias o gubernamentales¹⁶⁴⁹ y de programas para el incentivo social y económico que permitan atajar las causas que originaron la disensión¹⁶⁵⁰.

Como se habrá advertido, la renuncia a la aplicación irrestricta del Derecho penal no implica automáticamente prescindir de una averiguación de los hechos, un reconocimiento de la responsabilidad¹⁶⁵¹ o la privación de una reparación material por el perjuicio causado.

¹⁶⁴⁰ DE GREIFF, «Vetting and Transitional Justice», pp. 527-530; MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, p. 226; MAYER-RIECKH, «On Preventing Abuse: Vetting and Other Transitional Reforms», en MAYER-RIECKH/DE GREIFF (Dir.), *Justice as prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies*, Ed. Social Science Research Council, Nueva York, 2007, pp. 492-494, sobre las medidas de reforma institucional más allá del *vetting*, de acuerdo con la aproximación holística, necesaria en los contextos de justicia de transición.

¹⁶⁴¹ ZIELCKE, «Gnade vor Recht?», pp. 460-461, 464-466.

¹⁶⁴² JÄGER, «Amnestie für staatliche Verbrechen?», pp. 467-472.

¹⁶⁴³ NINO, *Radical evil on trial*, pp. ix-xi, 15, destaca el problema de la difusión de responsabilidad, de la cooperación por omisión y del que denomina, como efecto derivado, “distanciamiento” entre el agente y la víctima: «*if almost everybody is guilty, there is a feeling that nobody really is*» (p. x).

¹⁶⁴⁴ FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, p. 19; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, pp. 85-86, 93-94; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», pp. 63, 68-69.

¹⁶⁴⁵ AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, pp. 32, 46-57.

¹⁶⁴⁶ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 169-170, afirma que la adopción de la Constitución española de 1978, no habría sido posible sin la aprobación de las disposiciones sobre amnistía; FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», pp. 158-161.

¹⁶⁴⁷ MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», p. 18.

¹⁶⁴⁸ MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, pp. 224-226, destaca como favor clave la reconstrucción de las relaciones entre los distintos grupos sociales (a nivel local).

¹⁶⁴⁹ BARAHONA DE BRITO/AGUILAR FERNÁNDEZ/GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Las políticas hacia el pasado*, pp. 35, 36-37.

¹⁶⁵⁰ Informe JOINET, de 21 de junio de 1985, p. 22.

¹⁶⁵¹ Punto 2 del Comunicado conjunto núm. 60 sobre el Acuerdo de creación de una jurisdicción especial para la paz suscrito en La Habana el 23 de septiembre de 2015, menciona, en esta dirección, la construcción de un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición a través de: **(i)** una comisión para el

Los mecanismos utilizados en estos extraordinarios y excepcionales escenarios, entre los que pueden encontrarse los mecanismos de perdón, no implican el otorgamiento indiscriminado de una patente de corso a favor de la impunidad¹⁶⁵², sino la aceptación de un entorno especial en el seno del que pueden desarrollarse mecanismos propios y específicos¹⁶⁵³, cuya configuración no puede determinarse apriorísticamente al depender de la idiosincrasia¹⁶⁵⁴ –en términos políticos, sociales, culturales y legales– de aquel país donde aquel *cambio* se produce¹⁶⁵⁵. Los factores a valorar son múltiples y heterogéneos¹⁶⁵⁶; de entre ellos, destaca la especial correlación de fuerzas que se concrete en cada caso¹⁶⁵⁷, la etiología del conflicto, o la naturaleza de aquellos concretos ilícitos que se presumen cometidos en esa etapa pasada que pretende superarse¹⁶⁵⁸.

A modo de ejemplo, habrá de valorarse si los delitos contra la salud han servido como instrumento de financiación; si la corrupción ha representado un papel protagonista; si el conflicto se ha relacionado con un enfrentamiento religioso; si ha estado vinculado con el

esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición; **(ii)** acuerdos de reparación; **(iii)** la instauración de una jurisdicción especial para la paz.

NEUMANN, «Die Rolle von Recht, Gesellschaft und Politik bei der Verarbeitung von „Unrechtssystemen“», en mismo autor et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, pp. 40-43.

¹⁶⁵² FABRICIUS, «Uruguay just desert: ¿hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido?», en GALAIN, *¿Justicia de transición?*, p. 216: «La impunidad entendida como ausencia de reacción».

¹⁶⁵³ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 17-18, 87-89. Sobre las razones de la doctrina contra la impunidad y sobre la doctrina del derecho de la víctima al castigo del autor, con afinados argumentos, pp. 100-124.

¹⁶⁵⁴ AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, p. 33; BENOMAR, «Justice after transitions», p. 41; CAMPAGNA, «Amnestie», p. 532; CASSESE, «Clemency versus retribution in post-conflict situations», p. 12; GALAIN, «A modo de introducción», en mismo autor (Ed.), *¿Justicia de transición?*, p. 25; HUYSE, «Justice after transitions: On the choices successor elites make in dealing with the past», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes*, pp. 104-115; SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 39; SMITH, «Ein normatives Niemandsland? Zwischen Gerechtigkeit und Versöhnungspolitik in jungen Demokratien», en SMITH/MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, pp. 16-17; TEITEL, *Transitional Justice*, p. 4; TORELLY, «Historische Deutungen und Transitional Justice», en NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, p. 56.

¹⁶⁵⁵ FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, p. 21, sobre la inexistencia de soluciones universales e interpolables; MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», p. 21; MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, pp. 220, 223; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 19-20, 127, 147; TUDELA ARANDA, «Prólogo» a TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 15.

¹⁶⁵⁶ Vid. NINO, *Radical evil on trial*, pp. xii, 3, 107-108, 118-127, 128, además de destacar la amplia variedad de opciones manejadas por la justicia de transición y la falta de consenso acerca de cómo actuar frente a violaciones masivas de derechos humanos dada la multitud de alternativas, trata de modelizar la diferente tipología de procesos transicionales en función de múltiples factores entre los que destaca: si la transición se ha originado por la fuerza, por consenso, por colapso del régimen autoritario; en función de su etiología (si los factores causantes que provocaron la transición son endógenos o exógenos); en función de si el estatus legal continúa, existe una ruptura o se restaura un régimen que preexistía; el equilibrio de fuerzas (la presencia de miembros del antiguo régimen en la nueva configuración estatal); el nivel de atrocidad de los abusos cometidos; el periodo de tiempo transcurrido entre los abusos y su pretendido enjuiciamiento; el sentimiento de retribución que pueda desarrollar la sociedad (vinculado con el grado de dispersión de la responsabilidad entre la sociedad); la manera en que se dirigen los procedimientos (duración de la investigación y juicio) y su imparcialidad; y una variable personal (en relación al papel que puedan desempeñar las figuras líderes).

¹⁶⁵⁷ BARAHONA DE BRITO/AGUILAR FERNÁNDEZ/GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Las políticas hacia el pasado*, pp. 41-44.

¹⁶⁵⁸ WERLE, «Transitional Justice», p. 798.

terrorismo; si se ha producido una lucha étnica; o si ha existido violencia sexual en el conflicto¹⁶⁵⁹.

De este modo, y asumiendo que cualquier solución simplista genera problemas¹⁶⁶⁰, no puede defenderse que la utilización de figuras del perdón en estos contextos sea contraria al Derecho Penal Internacional¹⁶⁶¹, en el seno de los cuales se ha de «*encontrar un equilibrio creativo entre la flexibilidad y la seguridad o certeza de aquellos instrumentos de Derecho de la justicia transicional*»¹⁶⁶².

Dado el círculo de sujetos afectados, superior a la individualidad, la figura de perdón que histórica y principalmente puede ser empleada para alcanzar la paz social, la estabilidad y la concordia, ha sido y es, también en la actualidad¹⁶⁶³, la amnistía¹⁶⁶⁴; que puede, insisto, acompañarse de otras figuras transicionales como, por ejemplo, una comisión para la verdad y la reconciliación. Ello se concretó, por ejemplo, en el paradigmático caso de Sudáfrica¹⁶⁶⁵ después del fin del régimen del *apartheid*, bajo el modelo «verdad por pena»¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁵⁹ MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, pp. 220-224, 225, incidiendo en el factor étnico, concluye que han de tenerse presente los factores que favorecieron la comisión de las atrocidades a la hora de diseñar una estrategia para la paz.

¹⁶⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 39.

¹⁶⁶¹ Vid. apartado 2.2.2.2. *Límites a la figura de la amnistía. ¿Ámbito material negativo?*

WERLE, «Transitional Justice», pp. 803-804, respecto de las amnistías: «*Allerdings wird man hieraus nicht ableiten können, dass Amnestien stets völkerrechtswidrig sind*».

¹⁶⁶² WERLE, «Transitional Justice», p. 806: «*So ist es eine wichtige Zukunftsaufgabe, eine kreative Balance zwischen Flexibilität und Bestimmtheit des rechtlichen Instrumentariums für Transitional Justice zu finden*».

¹⁶⁶³ Recientemente, vid. apartado cuarto del Comunicado conjunto núm. 60 sobre el Acuerdo de creación de una jurisdicción especial para la paz, suscrito en La Habana el 23 de septiembre de 2015: «*el estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible por delitos políticos y conexos. Una ley de amnistía precisará el alcance de la conexidad*». Si bien, al establecer las restricciones sobre los delitos a los que no se extenderá ninguna medida del perdón, se utiliza indistintamente la figura de la amnistía y la del indulto. De hecho, el 22 de noviembre de 2015, se decidió la concesión del indulto «*a 30 guerrilleros de las FARC-EP que se encuentran en las cárceles del país cumpliendo su pena de prisión por el delito de rebelión*» (http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Noviembre/Paginas/20151122_01-Comunicado.aspx, consultado el 1 de diciembre de 2015). A finales de enero de 2016 fueron liberados 16 de aquellos 30 con la intención de que se convirtieran «*en promotores de los acuerdos alcanzados en La Habana*» (<http://es.presidencia.gov.co/sitios/busqueda/noticia/Comunicado-de-la-Oficina-del-Alto-Comisionado-para-la-Paz/Noticia>, consultado el 2 de abril de 2016).

¹⁶⁶⁴ DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, pp. 423-424, 427; FIORE, *Tratado de Derecho Internacional Público*, tomo IV, traducción de GARCÍA MORENO, Ed. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1895, 2ª ed., p. 541.

¹⁶⁶⁵ DU BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty in South Africa*, Ed. Cambridge, Cambridge, 2007; ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», pp. 65-67.

¹⁶⁶⁶ Con la aprobación de la Promotion of National Unity and Reconciliation Act núm. 34 de 1995, que se guiaba por la máxima: «*the granting of amnesty to persons who make full disclosure of all the relevant facts relating to acts associated with a political objective committed in the course of the conflicts of the past during the said period; (...) and for the said purposes to provide for the establishment of a Truth and Reconciliation Commission, comprising a Committee on Human Rights Violations, a Committee on Amnesty and a Committee on Reparation and Rehabilitation*». Especialmente, sus arts. 3. 1. b, 4. c y 16 a 22.

CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 145-148, 152-154; RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 617-620, deduce que su objetivo no fue el perdón, sino la reconciliación, bajo la máxima de comprender y no vengar; TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, pp. 33, 43. Para RICOEUR, la experiencia supuso una *katharsis* compartida. Si bien, escéptico, sostiene que lo que se produjo fue el establecimiento de una verdad factual a costa de la verdad liberadora. En el mismo sentido, VALJI, «Reconciliación y reparación: un balance», en *Vanguardia Dossier*, núm. 12, julio-septiembre de 2004, *passim* (especialmente, pp. 1-2, 6).

Como ya anticipamos¹⁶⁶⁷, al utilizarse esta institución, el órgano que determina las condiciones de su concesión es justamente aquél que ha determinado la oportunidad de que determinados comportamientos sean efectivamente penados, mediante la aprobación de una Ley¹⁶⁶⁸ –decisión dotada de legitimidad democrática¹⁶⁶⁹–.

Normalmente, como ya ha sido apuntado¹⁶⁷⁰, aquella Ley tendrá un límite positivo –ámbito de inclusión– y un límite negativo –ámbito de exclusión–: estará principalmente circunscrita al ámbito de los delitos políticos¹⁶⁷¹ y conexos¹⁶⁷² y habitualmente de ella se excluirán los delitos cuya persecución queda amparada por instrumentos internacionales, los crímenes internacionales, y las violaciones a los derechos humanos¹⁶⁷³ –aquellos *delitos imperdonables*¹⁶⁷⁴–.

Como indica LASCURAÍN SÁNCHEZ, atendiendo a que determinados delitos cualificados relacionados con los derechos fundamentales (como el delito de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias) incorporan el derecho a su persecución judicial y a su protección normativa, es necesario poder predicar la proporcionalidad, en cuanto a protección de dichos derechos, de la concreta amnistía como norma¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁶⁷ Vid. epígrafe 2.2.4. *La amnistía como acto del poder legislativo. Posible configuración legal del derecho del Estado a castigar.*

¹⁶⁶⁸ QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, p. 830, considera que habría de ser orgánica.

¹⁶⁶⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», p. 96, considera necesario adjetivar dicha legitimidad, como «*legitimidad democrática*»; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 229-230; SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 97.

¹⁶⁷⁰ Vid. epígrafe 2. 2. 2. *Esencia de la amnistía. Ámbito sustantivo y material.*

¹⁶⁷¹ Así por ejemplo, en derecho positivo, el art. 47. 3 de la Constitución de la República Helénica, permite otorgar las amnistías exclusivamente para delitos políticos, conforme al acuerdo de tres quintos del número total de diputados. El apartado 4 de ese mismo art. 47, expresamente excluye la posibilidad de que se acuerde una amnistía respecto de delitos comunes, siquiera por ley.

¹⁶⁷² Así, por ejemplo, en las negociaciones llevadas recientemente a cabo en Colombia, se trataría de incluir a los delitos contra la salud que hubieran sido utilizados para financiar a las FARC.

WEICHERT, «Strafrechtlicher Schutz von Menschenrechten», en NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, p. 116, advierte, ejemplificando con la Lei 6.683/1979, de Anistia de Brasil (cuyo § 1º rezaba: «*Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política*»), sobre la necesaria limitación conceptual de los delitos conexos para evitar no solo la desprotección de los derechos humanos, sino la concesión de *autoamnistías*.

¹⁶⁷³ WERLE, «Transitional Justice», pp. 800-802, 804, 805, en un renacer del Derecho Penal Internacional. Dicho autor recuerda la crítica situación transicional de Sudáfrica, como una excepción a los deberes de persecución penal en esta parcela, dado el estado de necesidad en el que se encontró el país, que supuso pagar el precio de la renuncia a la pena, a favor de una finalización de la situación de violencia que reinaba y a favor de una transición a la democracia (p. 804). Razón por la que muestra su escepticismo a esta utilización, a pesar de defenderla. BECA FREI, «Indulto particular», pp. 481, 485, 492.

¹⁶⁷⁴ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 70-80, 209-220, 217-219, sobre la eficacia del perdón para lo inexcusable y de aquello imperdonable, que mantendrá un debate infinito con el perdón: «*Un crimen contra la humanidad no es asunto personal mío. Perdonar aquí, no sería renunciar a sus derechos, sino traicionar al derecho*». Para estos escenarios, JANKÉLÉVITCH distingue tres soluciones: (i) la condena a la impotencia; (ii) perdonar al miserable, «*instaurando el reino de los verdugos*»; o (iii) violencia y fuerza sin amor, mejor que un amor sin fuerza, a la postre, la opción por la que se inclina (pp. 218-219). Siguiendo la línea expuesta por JANKÉLÉVITCH, RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 600-606, sostiene que perdonar es ratificar la impunidad y estos crímenes de lesa humanidad constituyen un *imperdonable de hecho*.

¹⁶⁷⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», pp. 95, 101-113; ello no deriva en una posición de «*inamnestiabilidad radical*» (p. 113), sino en un necesario juicio de «*proporcionalidad como clave del control material de la amnistía*» (pp. 102-113) en el que se valore necesariamente su legitimidad, su funcionalidad, su

Aun cuando este tema no queda comprendido en el ámbito material del presente trabajo –reconociendo su sugerencia para futuras líneas de investigación–, considero que, asumiendo las tan impopulares¹⁶⁷⁶ y minoritarias¹⁶⁷⁷ como autorizadas posiciones de, entre otros, AMBOS¹⁶⁷⁸, FREEMAN¹⁶⁷⁹, BRODY¹⁶⁸⁰, GIL GIL¹⁶⁸¹, MALARINO¹⁶⁸², AGUIRRE MONASTERIO¹⁶⁸³ o LASCURAÍN SÁNCHEZ¹⁶⁸⁴ (autores que podrían quedar comprendidos bajo el paraguas de las bautizadas como teorías pragmáticas o ser considerados *peace-makers*¹⁶⁸⁵), si bien en justicia de transición debemos partir de una posición teórica clara de defensa de máximos en relación con la protección de los derechos humanos, lo cierto es que, en la práctica y afrontando la realidad¹⁶⁸⁶, no puede desatenderse que el establecimiento de líneas rojas y la asunción de posiciones inflexibles en relación con la necesidad de la persecución de delitos y castigo penal –en todo caso, en toda su extensión y respecto de cualquier sujeto¹⁶⁸⁷ (con independencia de

necesidad y su proporcionalidad estricta; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 237-263.

¹⁶⁷⁶ MALARINO, «Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas. Una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: no peace without justice o bien no peace with justice», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, núm. 7, 2009, p. 375, a pesar de defenderlas, se hace eco de su mala reputación; ORAKHELASHVILI, «Between impunity and accountability for serious international crimes», pp. 208-214, 222-224, 242.

¹⁶⁷⁷ ENGELHART, «Objetivos de la justicia de transición», en GALAIN, *¿Justicia de transición?*, p. 40, resume la posición mayoritaria; WEICHERT, «Strafrechtlicher Schutz von Menschenrechten», en NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, pp. 130-132, 139.

¹⁶⁷⁸ AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, pp. 37-38, 66-67, 95-99, sobre la posible defensa, garantía y reconocimiento de la protección de los derechos humanos con mecanismos alternativos a la persecución penal y la posición de la Corte Penal Internacional respecto de distintos escenarios de análisis.

¹⁶⁷⁹ FREEMAN, *Necessary Evils*, pp. 7-9, 25-26, 31, aboga por adoptar una posición de defensa de estándares de máximos y claros, pero permaneciendo flexible en su aplicación última para evitar que las líneas rojas entorpezcan la creación de un mundo más seguro y justo.

¹⁶⁸⁰ BRODY, entrevista concedida el 13 de marzo de 2017 en la sede Brot für die Welt (Berlín).

¹⁶⁸¹ GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», p. 10.

¹⁶⁸² MALARINO, «Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas», pp. 371-375; mismo autor, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 211-220.

¹⁶⁸³ AGUIRRE MONASTERIO, «La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización», pp. 80, 83.

¹⁶⁸⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», pp. 109-111, 113, incidiendo en el contenido del art. 53. 1. c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, apunta a que si la amnistía no es «radical» –no se renuncia a la prevención de los delitos protegidos por el Derecho penal–, puede no descartarse. LASCURAÍN SÁNCHEZ concluye: «Considero que la difícil respuesta a la legitimidad de la amnistía de los delitos referidos –gravísimos delitos cometidos desde el Estado– no puede escapar a los matices. Creo que el punto de partida es el de que en circunstancias excepcionales la amnistía podrá alcanzar incluso a tales delitos, siempre que, además, por imperativo del postulado de necesidad, la restricción del delito que supone la amnistía sea mínima, en el sentido de que venga acompañada de la declaración de antijuridicidad de las conductas y del reconocimiento y la indemnización de las víctimas. Pero creo también que este mucho no podrá ser un todo democrático, que lleve al sistema a traicionar su propia esencia axiológica. Estos delitos (...) no pueden ser objeto de una amnistía radical que, por afectar a la totalidad de la represión o a su cabeza, renuncia a su prevención y ponga un interrogante en el entero sistema» (p. 109); mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 255-260, 262-263.

¹⁶⁸⁵ Término acuñado por MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 11-14, en oposición a los *human rights*.

¹⁶⁸⁶ MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, pp. 219-220; PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, p. 73: «el entusiasmo por una meta ideal en sí loable no puede ocultar las limitaciones que le impone una realidad que es por cierto tan irritante como inconvencional».

¹⁶⁸⁷ PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 75-80, 179-180, 185, 189, 196-198, 206, señala que las posturas defensoras del uso irrestricto del procedimiento penal (acogida, según PASTOR, por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) consideran ilegítimas todas las opciones a la condena penal,

su relación con el aparato estatal¹⁶⁸⁸)— puede resultar contraproducente, incluso, para la salvaguardia pretendida¹⁶⁸⁹; lo que, caso por caso, habrá de someterse a consideración y, bajo el principio de proporcionalidad, a la oportuna ponderación¹⁶⁹⁰.

Habida cuenta de que el indulto particular se concede *nominaten* y en atención a las circunstancias personales de la persona condenada, es difícil imaginar supuestos, al margen de los superados regicidios en época de la monarquía absoluta, en los que la actuación de una sola persona pudiera desequilibrar la estabilidad social. Sin embargo, de existir una concreción fáctica de aquel escenario, no debería excluirse *a limine* la utilización del indulto como un instrumento útil para alcanzar la razón de Estado afectada¹⁶⁹¹, para alcanzar la paz y convivencia sosegada¹⁶⁹²; bien de forma individual, bien dentro de un paquete más amplio de medidas transicionales —como, por ejemplo, combinada con una amnistía¹⁶⁹³— que permitan poder llevar a cabo, si así se decidiera, la meritada renuncia o flexibilización de la aplicación del Derecho penal para el castigo efectivo de los hechos típicos¹⁶⁹⁴.

| | | |
|---------|--|--|
| 6.3.2.2 | Instrumento para alcanzar la paz social y la concordia | Utilizable como mecanismo de justicia transicional |
|---------|--|--|

defendiendo la punición infinita de los llamados crímenes internacionales a toda costa. Este fanatismo o fundamentalismo, según PASTOR, es incompatible con la razón jurídico-penal moderna y es contrario a los principios y derechos fundamentales que protegen frente a la arbitrariedad. Como consecuencia, según dicho autor, se provoca un cambio desde la comprensión de los derechos fundamentales como protección del imputado (control negativo) a un imperativo positivo de juzgarlo y castigarlo (p. 185). También, MACULAN, «Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y al papel del juez historiador», p. 518.

¹⁶⁸⁸ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 174-177, 180-181, 183-189, incide en un argumento clave: la proscripción del autofavorecimiento y la necesidad de distinguir si se trata de medidas para sujetos no relacionados con el sistema o para agentes estatales.

¹⁶⁸⁹ NINO, *Radical evil on trial*, pp. 146-148 (especialmente, p. 147), a pesar de posicionarse a favor de la celebración de juicios, destaca no solo el riesgo de que se originen más violaciones de derechos humanos al enjuiciarse los hechos, sino también la posibilidad de que se ponga en riesgo la estabilidad del sistema democrático.

¹⁶⁹⁰ ALEXY, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, pp. 133-134, 135-140.

NINO, *Radical evil on trial*, pp. 127-134, 146-148, partiendo de la ausencia de respuestas absolutas sobre si debe perdonarse o castigarse las violaciones de derechos humanos («*Initially, it may seem that the most general lesson is that there is no general lesson*» —p. 127—), determina, si bien favorable al enjuiciamiento, que el criterio determinante, que permitirá sopesar inconvenientes y ventajas (p. 148), será el proceso de deliberación pública que permita la valoración y sostenibilidad de la democracia. Según NINO, lo que, decantará la decisión a favor de una u otra opción, será la posibilidad de instaurar una democracia estable (p. 134).

¹⁶⁹¹ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25; HOLSTE, «Die Begnadigung – Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», p. 741: «*In einem Rechtsstaat kann die Begnadigung als Befriedungs- und Versöhnungsgeste dienen. Wenn jedoch nach einer Phase der Unruhe oder Systemumwälzung ein juristischer Schlussstrich unter die Vergangenheit gezogen werden soll, dürfte angesichts der Größe des Kreises der Betroffenen und der mangelnden Täter- sondern Tatbezogenheit eher eine Amnestie geboten sein. Anders ist es dagegen, wenn auch von einer einzelnen Begnadigung, die überdies in der persönlichen Entwicklung des Begnadigten eine Rechtfertigung findet, eine über den Einzelfall hinaus reichende Wirkung ausgeht. Dies war bei der Begnadigung von ehemaligen Terroristen der Rote-Armee-Fraktion (RAF) ebenso der Fall wie bei zwei wegen der Todesschüsse an der innerdeutschen Mauer verurteilten einstigen SED-Politbüro-Mitgliedern*»; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 127 ss. (especialmente, p. 127); PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», pp. 276-278. *Vid. epígrafe 6.6.6. Conclusiones finales y propuesta.*

¹⁶⁹² HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», p. 418; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, p. 158.

¹⁶⁹³ FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, pp. 178-179.

¹⁶⁹⁴ *Vid. capítulo 6. Ámbitos de tensión de la figura del indulto en un Estado de Derecho. Análisis constitucional.*

4.5. Conclusiones sobre las funciones asignadas al indulto

Ya fue subrayado por JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁶⁹⁵ y BACIGALUPO ZAPATER¹⁶⁹⁶ que las atribuciones que la teoría había considerado propias de la figura del indulto, en la actualidad encontraban mayoritariamente¹⁶⁹⁷ una «*solución jurídica en el marco de la aplicación judicial del Derecho penal*»¹⁶⁹⁸. Como gráficamente describió WALKER, atendida la evolución de otros órganos del sistema penal, podría llegar a sostenerse que la propia institución del indulto quedara como vestigial, como acaece con los apéndices del cuerpo humano¹⁶⁹⁹.

De ese progreso¹⁷⁰⁰ o evolución¹⁷⁰¹, de la normativización experimentada por las razones motivadoras de la concesión del indulto¹⁷⁰², del proceso de flexibilización normativa¹⁷⁰³, no se

¹⁶⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, núm. 76, sesión de 18 de noviembre de 1931, p. 2430: «Yo soy un radical enemigo del indulto, de todos los indultos (...). Porque, salvo en el caso excepcional (...) a que alude el art. 2º del Código penal, en todos los demás casos los indultos no son precisos, puesto que las nuevas normas punitivas que han ido inventando hombres dedicados a esta ciencia sombría, hacen innecesario, absolutamente innecesario, el indulto particular; porque el indulto particular para el hombre que se mejora en el presidio, no es necesario cuando existe la libertad condicional y la sentencia indeterminada; porque es absolutamente innecesario el indulto cuando hay para después una rehabilitación; porque es absolutamente innecesario el indulto cuando hay circunstancias atenuantes y agravante de máximo prestigio (...); porque es absolutamente innecesario el indulto para resolver los casos técnicos que el nuevo Derecho punitivo suscita».

¹⁶⁹⁶ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», pp. 25-26. Dicho autor mantiene que existen aún dos grupos de casos que aún carecen de adecuada solución judicial: (i) «*aquellos en los que existe un interés político general preponderante que justifique una renuncia a la aplicación de una pena*» y que, dada la individualidad de la situación, no serían susceptibles de una amnistía (p. 25); y (ii) «*supuestos en que el ius puniendi puede no ser preponderante*», por ejemplo, por el transcurso de un largo periodo de tiempo entre la comisión del delito y el momento de la ejecución de la pena privativa de libertad, cuando el condenado se ha reinsertado socialmente. Vid. nota al pie 1001.

¹⁶⁹⁷ SEBBA, «The pardoning power – A world survey», pp. 83, 120: «*the practical reasons are related to the development of modern penal systems. The pardoning power has historically served a number of functions, most of which are adequately provided for today by other legal institutions which have been developed to meet these needs*» (p. 83). SEBBA distingue en esa evolución que denomina profesionalización del sistema penal entre los sistemas de civil law –cuyas instituciones alternativas acometen los mismos propósitos asignados al indulto– y los sistemas del *common law* –donde a la figura del indulto se le otorga un rol suplementario y residual–. En estos últimos, SEBBA destaca como dos últimas motivaciones de la figura: las aplicables a las penas capitales (en declive) y las relativas a los delitos políticos (en aumento) –p. 120–.

LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 17.

¹⁶⁹⁸ Asumiendo expresamente la postura de BACIGALUPO ZAPATER, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1470-1471: «*Los instrumentos penales y procesales llegan mucho más allá de lo que pudiera pensarse. Además, de no ser así, lo que habría que hacer es perfeccionar dichos instrumentos*».

En el mismo sentido, ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», pp. 505-506, para quien, a pesar de defender un uso residual de una figura del indulto judicializada, sostiene que, a principios del siglo XX, el poder judicial comenzó a asumir «*funciones derivadas de la clemencia*» (suspensión condicional de la pena, perdón judicial o sustitución de pena por otra) y, por tanto, «*vino a admitirse que el indulto, como manifestación de la clemencia, podía quedar inserto en el acto de juzgar*». Por ello concluye que, aunque no se hayan plasmado algunas medidas de clemencia judicial, habría desaparecido la razón de la separación entre juzgar y sancionar, y perdonar.

A favor del mantenimiento de la figura del indulto, no obstante, MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 84-86, 136-137, 225: «*many grounds for pardon had found their way into the criminal law. The insanity and self-defense pleas are two examples of factors that were once justification for pardon but became part of the criminal law. (...) The better the justice system gets, the narrower the need for pardons*» (p. 84).

¹⁶⁹⁹ WALKER, «The quiddity of mercy», p. 27.

¹⁷⁰⁰ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, pp. 41, 121 destaca cómo el progreso de las instituciones judiciales y, una mayor amplitud concedida a los jueces, ha de hacer inútil el indulto para remediar los males.

alberga duda al resultar un hecho notorio, deviniendo en un extremo reconocido por todos aquellos que han analizado la institución.

También resulta un extremo incontrovertido, aceptado asépticamente incluso por quienes defienden la continuación en el empleo de la institución, que existen nuevas instituciones que han venido a absorber las funciones asignadas al indulto¹⁷⁰⁴.

Entonces, utilizando una terminología cercana a la propia del análisis económico del Derecho, la cuestión que se plantea es si se debe mantener que ese trasvase al texto de la Ley y a la concurrente potestad del juez al aplicarla es solo incremental, como manifestación de una tendencia que reduce a la figura del indulto a una residualidad¹⁷⁰⁵, cual coeficiente permanente de reducción o de corrección¹⁷⁰⁶, pero necesariamente subsistente¹⁷⁰⁷ para los

Apunta a que la condena condicional, la libertad condicional o la creciente amplitud del arbitrio judicial, remedian de modo más completo que la gracia aquellos problemas que con su uso se pretenden combatir.

¹⁷⁰¹ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 78; NICOSIA, voz «Grazia», p. 7, destaca su «*processo di progressive razionalizzazione*», propio de todas las instituciones jurídicas.

¹⁷⁰² MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 34-44; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 13-14; HOLSTE, «Die Begnadigung – Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», p. 742, crítico con el concepto de «*Verrechtlichung der Gnade*». En este mismo sentido crítico, BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 111-115, 256-265, para quien debe ser sustituido por el concepto de «*Vergesetzlichung*» (idea ya defendida años antes por MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 75); destaca aquellas figuras que sirven de ejemplo al proceso de normativización: la libertad condicional o los §§ 60 y 46 a StGB, entre otras.

¹⁷⁰³ HARRISON, «The equality of mercy», pp. 121-125.

¹⁷⁰⁴ KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», pp. 66-68; MORISON, «The politics of grace», pp. 61-62; MUÑOZ BLANCO, *El indulto en España*, pp. 41-43, 45-46, apunta a la libertad condicional, los trabajos en beneficio de la comunidad, el tercer grado penitenciario o la figura de la mediación; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 599: «*Sauf à lier la définition de la grâce à son titulaire, il s'agit d'une grâce organisée par le législateur et prononcée par le juge. Du coup, le champ de la grâce se réduit au fur et à mesure que se développent les procédures ordinaires donnant aux magistrats la possibilité d'individualiser l'exécution de la peine*».

¹⁷⁰⁵ SEBBA, «Clemency in Perspective», pp. 233-235.

¹⁷⁰⁶ MANZINI, *Pene-Misure di sicurezza-Cause estintive del reato e della pena-Fine della Parte Generale*, pp. 432-433.

¹⁷⁰⁷ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 902, lo considera estructuralmente necesario para que, ante fallos judiciales, el sistema no se destruya; mismo autor, «Derecho de gracia», p. 59, remarca que ante su hipotética exclusión habrían de encontrarse mecanismos alternativos que supliesen las funciones que cubre actualmente la gracia; BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 12, 14-15: «*das Recht nicht ohne Gnade sein kann, nicht gedacht und auch nicht verwirklicht werden kann, lehrt uns nicht nur das Leben, sondern auch die Erfahrung, dass auch mildere Gesetze –entgegen Beccarias Auffassung– die zum Teil aus der Gnadenpraxis entwickelt wurden, die Gnade nicht überflüssig machen und sie als menschliche Komponente des Rechts weiterhin benötigt wird*» (p. 12); LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 18, 110: «*no soy partidario de la supresión de esta institución, pues, por perfectos que sean los ordenamientos penal, procesal y penitenciario, siempre podrá acontecer algún dislate que los propios mecanismos judiciales de control no puedan subsanar*» (p. 18); MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 164-166; cfr. MÜLLER-DIETZ, «Recht und Gnade», pp. 477-479; PFLIEGER, «Gnade vor Recht?», pp. 85-87, para quien es irrenunciable, ya que en muchos procedimientos solo el indulto permite la requerida corrección de la sentencia firme; RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», pp. 48, 49, 89; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 142-144.

DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», pp. 45-46, descartan su utilización por razones de utilidad pública, para defender: «*El modelo [propuesto] se ha ceñido a las necesidades para las que se prevé la solicitud del indulto en los arts. 4. 3 del Código penal y 206 del Reglamento penitenciario, considerando que para otros casos el ordenamiento jurídico podría ofrecer vías para la solución de los conflictos que se puedan plantear*». En mi opinión, como ya se advirtió, el escenario previsto por el art. 4. 3 CP habría de reconducirse,

denominados «gappy cases»¹⁷⁰⁸, aunque subsidiario¹⁷⁰⁹; o si puede apuntarse a una posible absorción total de las funciones que cubría el indulto por aquella normativización y plasticidad¹⁷¹⁰.

Dicha cuestión permite ser ilustrada gráficamente, a salvo la desviación sufrida en 2012, en función del descenso del número de indultos concedidos en España en los últimos 10 años (2007-15 de mayo de 2017)¹⁷¹¹ –datos empíricos en *Cuadro 2*, en *Anexo*–:



Ello se plantea sobre la base que subyace a la propia idea de utilización del indulto ya remarcada: si su empleo se justifica en la aplicación individualizada del Derecho al caso concreto¹⁷¹² (en atención a factores idiosincráticos del sujeto que pretende beneficiarse con su otorgamiento), algunos autores excluyen apriorísticamente cualquier posibilidad de efectuar

en último término, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; y el art. 206 RP quedar absorbido por la figura del adelantamiento de la libertad condicional.

¹⁷⁰⁸ HURD, «The morality of mercy», pp. 406-407; SMART, «Mercy», pp. 348, 353, 355, 358.

¹⁷⁰⁹ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 109-111, 254-255; HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», p. 742; SARAT, *Mercy on trial*, p. 21, sobre su necesario carácter derivado, secundario, complementario, que, según dicho autor, lo convierte en el «*law's necessary other*».

¹⁷¹⁰ BUENDÍA CÁNOVAS, «La necesaria derogación de la institución del indulto», p. 2; QUERALT JIMÉNEZ, «El indulto es un premio»: «*El indulto es una aberración en el Estado de derecho; vías para resolver anomalías del sistema las hay, y ajenas al favor político*»; PERANDONES, «El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», p. 6; WALDHOFF, «Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?», pp. 144-148.

¹⁷¹¹ BELMONTE BELDA, «La presión frente a los indultos hace efecto: en 2014 se concedieron 87, la cifra más baja desde 1996», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 19 de febrero de 2015; misma autora, «De un indulto y medio al día a un indulto y medio a la semana», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 17 de febrero de 2016; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy», p. 93; mismos autores, «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», pp. 2, 5.

BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 55, 190-191, resalta el descenso del número de concesiones a pesar del incremento de solicitudes, achacándolo al clima de la opinión pública. Aspecto que confirma con las entrevistas que dicho autor efectuó a HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR (p. 223), ROBLES FERNÁNDEZ (p. 258), BELLOCH JULBE (pp. 269, 276-279, contundente sobre el impacto de la opinión pública y publicada), LÓPEZ AGUILAR (pp. 299-300), CAAMAÑO DOMÍNGUEZ (p. 315), BRAVO RIVERA (pp. 319, 322-323, 327) y RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ (p. 339).

SANTOS, M. H., «La discrecional potestad del Gobierno a la hora de conceder indultos», destaca la reducción, casi a la mitad, de los concedidos en la Semana Santa de 2017 en relación con los datos relativos al año anterior. Según la información recabada por MATEO, J. J., «El Congreso controlará por primera vez la concesión de indultos»: «¿A qué se debe esa reducción, que arrancó en 2013? “A que el Gobierno tiene una voluntad de hacer un uso muy restrictivo de la medida de gracia”, responden desde el Ministerio de Justicia».

¹⁷¹² MOORE, K. D., *Pardons*, p. 7: «*Pardon may end up as the only means of individualizing sentences*».

una previsión normativa¹⁷¹³, de normativizar anticipadamente el enunciado que justifica la propia individualización¹⁷¹⁴, de poder prever y regular en consecuencia la propia excepción futura¹⁷¹⁵.

Como señalara BINDING, la individualización y la reglamentación se sitúan, según esta tesis contraria a la posibilidad de previsión absoluta, en posiciones antagónicas no reconciliables¹⁷¹⁶. En consecuencia, se arguye que las razones que justifican un otorgamiento de indulto nunca pueden ser sometidas a codificación¹⁷¹⁷.

¹⁷¹³ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 351-352; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 572-573, 598-599, destaca que esta ausencia de estándares es lo que provoca el abuso de la figura, ejemplificando con el caso Hoffa v Saxbe, sobre la concesión de un perdón por Nixon, condicionado a que Hoffa no se uniera a actividades sindicales hasta que su sentencia no expirase; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 64, 75-77: «Die singulären und exzeptionellen Umstände, die im Interesse der Individualgerechtigkeit oder des Gemeinwohls ein Abgehen vom "eisernen Walten des Gesetzes" ermöglichen, lassen sich nicht apriorisch erfassen und in ihrer Vielfalt nicht in ein starres Normenschema pressen» (p. 75); MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 148-150: «Im Verlauf der geschichtlichen Entwicklung sind vormalige Gnadenkompetenzen weithin vergesetzlich worden. So war die Strafaussetzung zur Bewährung einst eine Domäne der Gnade. (...) Ebenso sind Vollzugslockerungen und Urlaub im Straf und Maßregelvollzug, die früher nur im Gnadenwege möglich waren, heute gesetzlich geregelt» (p. 148); «Eine Komplettregelung, die die Gnade überflüssig werden ließe, ist unmöglich. (...) Vielmehr kommt unsere Rechtsordnung in der Tat ohne Gnade nicht aus –nicht weil sie einer metaphysischen Komponente bedürfte, sondern weil ihre Funktionen durch Spezialregelungen schlicht nicht ersetzbar sind–»; MORISON, «The politics of grace», p. 116; WALKER, «The quiddity of mercy», p. 36; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 22.

¹⁷¹⁴ DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», p. 633, subraya el carácter irreplicable que impide la predeterminación de las razones de concesión; si bien aboga por la elaboración de un catálogo legal abstracto o general.

¹⁷¹⁵ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 1: «Ausnahmen kann man nicht regeln, man muss sie als solche erkennen». Por ello, determinan que el indulto sería un instituto acorde a Derecho (*gerecht*) pero no legalizado (*rechtmäßig*).

¹⁷¹⁶ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, p. 860, 1, I: «Es wirken die Gesetze nach Art vernünftiger Regeln meist vernünftig, in einzelnen Fällen aber zweckwidrig. Denn die Regel ist die Feindin der Individualität». En el mismo sentido, GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 11; SMART, «Mercy», p. 349; SARAT, *Mercy on trial*, p. 160; HUSSAIN/SARAT, «Toward New Theoretical Perspectives on Forgiveness, Mercy, and Clemency: An Introduction», pp. 5-7, 8-9, lo califican, en este sentido, de «legally sanctioned alegality» o «lawful lawlessness».

¹⁷¹⁷ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 17-18: «Continuamente el derecho codifica y engloba el movimiento gracioso del perdón; y continuamente el perdón escapa a los límites en los que pretendía contenerlo un código macizo; al negarse a ser simple posdata del derecho literal y jurisprudencia de la justicia, el perdón constituye para la ley un principio de movilidad y de fluidez: esta ley, por la gracia del perdón, se mantendrá neumática, evasiva y aproximada. De este modo, la sola idea de un derecho al perdón destruye el perdón». En este mismo sentido, MAÑALICH, *Terror, pena y amnistia*, pp. 134-135; MAURER, *Das Begnadigung im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 144-146; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 4, 85-86: «Die Gnade tritt nicht im Gewand eines Kodex auf; sie ist nicht normiert, läßt sich nicht normieren. Gnade ist eine Sache des Gewissens, des Gemüts, des Herzens, Gnade umschließt Verzeihen, Vergeben, Vergessen, Milde» (p. 4); «Es zeigt sich hier, wie sehr die Gnade einer Kodifizierung widerstrebt» (p. 85); WALKER, «The quiddity of mercy», p. 36; WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 55, citando a MONTESQUIEU.

SMART, «Mercy», p. 349, sin perjuicio de defender que las razones de otorgamiento de un indulto no están sujetas a anticipación, resuelve contradictoriamente: «A recommendation of mercy was necessary to avoid an injustice because the law cannot always anticipate all the significant differences that there might be between offences that look alike superficially. In some countries where murder is classed as first, second, or third degree it is no longer necessary to add a mercy rider to ensure that a heat-of-the-moment murder is treated less severely than a coldly premeditated one».

La anterior cuestión se relaciona intrínsecamente con un segundo interrogante que se plantea, cual es la posibilidad de prever la totalidad de motivos o supuestos que justifican el otorgamiento del indulto¹⁷¹⁸.

De ser capaces de tasar o catalogar las razones motivantes de su concesión o las condiciones previas que justifican su otorgamiento¹⁷¹⁹, podría (y debería¹⁷²⁰) efectuarse aquel traslado al texto de la ley¹⁷²¹ pero, ¿sería ello posible?

El planteamiento de estas dos preguntas nos dirige inexcusablemente a la parcela de estudio en la que se ha profundizado en el presente apartado de la investigación. ¿Existe algún ámbito donde la figura del indulto no pueda ser cubierta por ninguna normativización o corrección legal y reforma del sistema jurídico?

Tras el proceso de exploración acometido, puede confirmarse que mediante un doble análisis de la figura del indulto –dogmático y empírico-histórico– es posible una catalogación y sistematización de las funciones para las que es empleada o puede utilizarse.

La clasificación planteada revela que, a salvo la excepcional utilización de la figura del indulto como instrumento para alcanzar la paz social y la concordia¹⁷²², no existe ninguna otra

¹⁷¹⁸ MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 166-167, 169-172, 175, 190-192, destacando la flexibilidad y elasticidad de la figura del indulto; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 40-41, 57-58, 122, 387-388, 400-402 se posiciona a favor de la imposibilidad de la previsión normativa, dada cuenta de las funciones para las que se utiliza, destacando la cobertura de lagunas. De esta forma: «Die Gnade stellt eine unverzichtbare Ergänzung des Rechts dar. Wenn das Gesetz keine Möglichkeit bereitstellt, um dem Einzelfall gerecht zu werden, greift die Gnade (...) ein. (...) Damit hat dieses Institut heute noch lange nicht ausgedient und sollte auch keinesfalls verrechtlicht werden, wie dies immer wieder gefordert wird» (p. 388); «Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Gnade in der bestehenden Form sinnvoll erscheint. Sie schließt Lücken, die das Gesetz immer wieder offen lässt und die auch nicht durch gesetzliche Regelungen geschlossen werden können bzw. sollten. (...) Daher sollte die Gnade grundsätzlich als gesetzlich nicht geregeltes Institut im Rechtsstaat beibehalten werden» (pp. 401-402).

¹⁷¹⁹ FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 23: «Auch wenn eine Kodifizierung von Gnadengründen nicht möglich ist, so ist doch eine Katalogisierung der unter Rechtsstaatsgesichtspunkten denkbaren Motivlagen für eine positiven Gnadenakt möglich». Reticente, DE LA QUADRA-SALCEDO, Ministro de Justicia, Diario de sesiones de la Comisión de Justicia e Interior, núm. 562, sesión de 11 de noviembre de 1992, p. 16893: «hay un ámbito muy extenso concedido por el legislador al Poder Ejecutivo, sin duda de cara a evitar la transformación del indulto como un derecho de gracia en un derecho subjetivo directamente invocable por el ciudadano, y la deducción que podemos hacer de todo esto es la existencia de intereses generales que pueden fundamentar el indulto, de intereses penitenciarios, humanitarios, razones de equidad; un abanico muy amplio que no se puede ni se quiere formalizar para que no constituya los elementos normativos de una política de indulto que pueda generar un derecho a obtenerlo. (...) [la ley del indulto] no establece directamente, con precisión, criterios materiales, y menos criterios materiales que puedan configurar una política de indulto que pueda suponer en alguna medida el avance hacia una normativización de las razones de la concesión del indulto».

¹⁷²⁰ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 75-76.

En la comparecencia del Secretario de Estado de Justicia, LÓPEZ GUERRA, celebrada el 4 de octubre de 2005, ante la Comisión de Justicia (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia, núm. 386, sesión núm. 21, de 4 de octubre de 2005, p. 13), así lo defiende, si bien, dentro de la imprecisión, señaló criterios de actuación que seguiría el Gobierno.

¹⁷²¹ GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 55-56, 85, 111, a pesar de ser favorable a la institución al defender la imposibilidad de tasación y normalización de los motivos de concesión ya que, según dicho autor, el indulto es esencialmente residual y fundamentalmente subsidiario: «Si fueran previsibles y enumerables los supuestos en que existe una incapacidad para la realización de la justicia material, la tasación de los mismos habría de operar en el ámbito de la ley penal y no de la ley de indulto» (p. 111).

finalidad primaria susceptible de ser mantenida, legítima o aceptable de la que se pueda predicar la necesidad de una continuación en el empleo de la institución del indulto. En relación con las funciones secundarias que en la práctica se le asignan, todas ellas son efectivamente reconducibles a través de las oportunas correcciones y reformas del sistema cuyos déficits pretende *parchear* la institución del indulto¹⁷²³.

| | |
|--|---|
| Hipótesis confirmada: Es posible catalogación de motivos que conducen a la concesión de indulto | |
| Funciones secundarias | Normativización → Subsanan defectos por mecanismos propios |
| Funciones primarias | No susceptible de mantener, no legítimas o no aceptables. Excepción: Indulto como instrumento para alcanzar la paz social y la concordia |

En relación con las funciones secundarias, no puede albergarse duda de que alcanzar la perfectibilidad del sistema penal es el objetivo al que ha de tenderse¹⁷²⁴. Podría imaginarse la existencia de consenso en afirmar que en un sistema penal que gozase de aquella adjetivación, la figura del indulto no tendría cabida y habría de desaparecer¹⁷²⁵. Mientras que se aspira a la consecución de esa perfección, algunos defienden el mantenimiento de la figura del indulto, bajo la disculpa de su empleo como «*mal necesario*», correctivo de aquellas *fallas*¹⁷²⁶. Sin embargo, la investigación acometida demuestra cómo el Derecho penal moderno en el Estado de Derecho ya asume su falibilidad y reconoce mecanismos específicos y más ajustados con los

¹⁷²² En cuyo caso podría suscribir las ilustrativas palabras de MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 76: «*Die Begnadigung ist dezisionistisch, nicht deduktiv*».

MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 223.

¹⁷²³ A este respecto, especialmente ilustrativa la conclusión de ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 222-223: «*Con buona probabilità, se il legislatore tenesse conto delle esigenze di riforma della legislazione penale e processuale penale che molte delle prassi consolidate in tema di concessione della clemenza individuale sicuramente esprimono e se, quindi, con norme stabili, preventive ed eguali per tutti determinasse i casi in cui il giudice stesso, attraverso un procedimento garantito dal contraddittorio con l'interessato, fosse abilitato a prendere i provvedimenti di adeguamento della pena alle esigenze sociali ed alla personalità del condannato, la grazia potrebbe tendere ad assumere la sua fisionomia di strumento eccezionale per provvedere a situazioni eccezionali*».

¹⁷²⁴ BARNETT, «The grounds of pardon», p. 519.

¹⁷²⁵ DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, p. 413, señala su difícil acomodo cuando existe mayor perfección técnica legislativa, los jueces son independientes del soberano y se han introducido ciertas instituciones que sirven para evitar y remediar las injusticias que pueda ocasionar una aplicación rigurosa del sistema penal. En el mismo sentido, si bien aparentemente no plenamente abolicionista, LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 509.

¹⁷²⁶ AGUADO RENEDO, en reunión del seminario permanente de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, celebrada el 10 de noviembre de 2015.

OSTOS MOTA, «El indulto», p. 1068, gráficamente, concluye que «*siempre quedan puntos oscuros y situaciones irritantes que hacen necesaria esta institución*».

que se pueden corregir dichas fisuras¹⁷²⁷, de los que se predica la misma agilidad que la ensalzada respecto del indulto¹⁷²⁸.

A pesar del reconocimiento de un indiscutible perfeccionamiento experimentado por el sistema desde su estado dieciochesco, la anterior aseveración no anuncia que nuestro ordenamiento jurídico actual sea intachable *ergo* no puede mantenerse la institución del perdón investigada. En este plano no se afirma que sería prescindible el indulto porque las leyes de las que nos hemos dotado, que hemos perfeccionado, son (ahora sí ya) inmaculadas, conclusión a la que conducirían las asunciones de BECCARIA¹⁷²⁹. Al contrario. Lo que la investigación acometida ha constatado a este respecto es que el propio sistema reconoce su imperfección; pero no solo: contempla la posibilidad de adoptar efectiva o potencialmente mecanismos correctivos más apropiados que el empleo de la figura del indulto¹⁷³⁰. Destaca, en este punto, el papel protagonista adquirido por la libertad condicional, cuyo empleo y desarrollo ha desplazado a la figura del indulto¹⁷³¹; extremo constatado empíricamente¹⁷³².

Es por ello que, respecto de aquellas funciones secundarias, puede confirmarse el primer enunciado de nuestra tesis y podría permitirse la supresión de la figura del indulto –dado que no se contempla la pena de muerte en nuestro sistema y, por consiguiente, ninguna normativa internacional sería conculcada–. La propuesta de desaparición de la institución en nuestro ordenamiento, efectuando las reformas necesarias para ello¹⁷³³, no solo es posible sino deseable, puesto que permitiría que se produjera una corrección de aquellos concretos déficits

¹⁷²⁷ CUELLO CALÓN, *Derecho penal, tomo I (Parte general), vol. segundo*, p. 776: «Aun admitiendo su conveniencia no puede menos de reconocerse que el día en que el tratamiento penitenciario alcance el fin reformador propuesto e instituciones como la libertad condicional y la rehabilitación lleguen a tener organización adecuada y firme arraigo en las legislaciones, perderá el indulto su invocada utilidad, pues la finalidad de corrección del reo y de realización de la justicia que se le atribuye se cumple más íntegramente con aquéllas».

¹⁷²⁸ Por ejemplo, BAYÓN MOHÍNO, en reunión del seminario permanente de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, celebrada el 10 de noviembre de 2015, identificaba al indulto como instrumento ágil de solución. Sin embargo, *vid. apartado 4.3.2. El indulto como instrumento de proporcionalidad*.

¹⁷²⁹ Compartidas por LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», pp. 1044-1045: «Lo más deseable hubiera sido, sin duda, la supresión de esta figura cuyo solo reconocimiento constituye un “síntoma de profundas contradicciones en el sistema penal”, pero ello sólo será posible cuando tales contradicciones desaparezcan (...). La eliminación del “correctivo” de la gracia exige una perfección técnica en las leyes y en la manera de aplicarlas que aún estamos lejos de alcanzar y que, dada la falibilidad humana, resulte quizás inalcanzable»; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 638-639: «so long as systems of justice are imperfect, there will be a need for clemency. Insofar as we have never achieved a perfect system of justice, clemency occupies an important place in our judicial scheme»; MOORE, K. D., *Pardons*, p. 55.

¹⁷³⁰ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 25, 70-71, desde una postura crítica con la concepción tradicional de la institución, aun no abogando por la abolición de la figura, los califica como «alivios menos costosos»: «La clemencia, cual peligroso bisturí, no solo será utilizada para eliminar las zonas cancerosas, sino también para dañar los tejidos sanos de una sociedad. O será utilizada cuando otros alivios menos costosos podían arrojar mejores resultados, o bien será, simplemente, usada inadecuadamente» (p. 25).

¹⁷³¹ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 15-17, 105-123, 133-136; NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 2.

¹⁷³² MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 56, 61; WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 183.

¹⁷³³ *Vid. capítulo [7] Conclusiones y propuestas. El indulto en el Estado de Derecho actual y compatibilidad con un Derecho penal moderno*.

para los que se utiliza y cuya sistematización sí es posible, facultando que sean aquellas otras instituciones a las que usurpa su función, las que sean mejoradas o refinadas.

De lo contrario, no se proporcionará el aliciente necesario para que las disfunciones del sistema sean revisadas y corregidas con los mecanismos adecuados¹⁷³⁴. Aplicar la figura del indulto a una situación disfuncional a los fines de alcanzar una solución justa u óptima, aunque pueda parecer más sencilla¹⁷³⁵, no significa más que perpetuar la presencia de aquel desajuste¹⁷³⁶. La institución del perdón no corrige el defecto, sino que éste es mantenido en el ordenamiento jurídico y el empleo de aquélla provoca el riesgo, reiteradamente concretado, de que la disfunción se mantenga sin solución de continuidad¹⁷³⁷. Ello ampara la actitud de aquellos que trasladan al ejercicio del indulto lo que podrían (y habrían) de decidir autónomamente¹⁷³⁸.

En concreto, la eliminación de la figura podría conducir a la adopción de las siguientes medidas, tal y como ha quedado patente en el seno de la investigación:

| | | | |
|------------|--|------------------------------|--|
| 1 | Penas de muerte y aplicación de penas crueles y degradantes | | Abolición de la pena de muerte y de penas crueles y degradantes |
| 2 | Proporcionalidad, mecanismo de individualización de la pena | | <ul style="list-style-type: none"> - Individualización y determinación de la pena por el aplicador del Derecho - Individualización en fase de ejecución de la pena - Cuestión de inconstitucionalidad - Solicitud de derogación o modificación de las normas penales (propuesta de reforma del art. 4. 3 CP) <hr/> Derogación o modificación de las normas penales (arts. 81 ss. CE) |
| 2.1 | Dilaciones indebidas | Antes de la sentencia | <ul style="list-style-type: none"> - Prescripción - Circunstancia atenuante legal |

¹⁷³⁴ DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 513, proporciona ejemplos como las dilaciones indebidas o los delitos relacionados con las drogas; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», p. 5; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 17.

¹⁷³⁵ MOORE, K. D., *Pardons*, p. 176.

¹⁷³⁶ SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 73-75.

¹⁷³⁷ A título de ejemplo pudieran señalarse las STS de 14 de marzo de 1997 o de 19 de marzo de 2014.

¹⁷³⁸ BARNETT, «The grounds of pardon», p. 504; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 113; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 207-208, en relación con la posibilidad de proponer indulto a los órganos enjuiciadores –identificable en nuestro ordenamiento con el art. 4. 3 CP–: «*this seems more to be explained by the evasion of responsibility than by any reasons related to justice*».

FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, p. 59, conforme a la postura acogida por el Juez Keen.

| | | | |
|-----|--|--|--|
| | | <p>Después de la sentencia</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad - Régimen y beneficios penitenciarios * Modificación del art. 80 CP para incorporar nuevo supuesto habilitante para el acceso a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad |
| | | <p>Supuestos de rehabilitación de drogodependientes</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Modificaciones legislativas operadas: <ul style="list-style-type: none"> a) Causa de exención b) Circunstancia atenuante c) Reducción del margen máximo de penas d) Modalidades típicas atenuadas e) Régimen especial de suspensión de la ejecución - Régimen penitenciario <i>ad hoc</i> |
| 2.2 | Pena natural | | Eventual introducción como circunstancia atenuante expresa |
| 2.3 | Causa de justificación o circunstancia de atenuación no prevista | | Eventual introducción como circunstancia legal expresa |
| 2.4 | Causa de justificación o circunstancia de atenuación que no ha podido ser alegada en plenario por razones de seguridad nacional o personal que luego decaen | | Revisión de la sentencia |

| | | |
|-----|--|--|
| 2.5 | Razón humanitaria (enfermedad cualificada y senectud avanzada) | Previsión normativa: suspensión ejecución de la pena privativa de libertad, acceso a libertad condicional o progresión del régimen penitenciario aplicable (tercer grado) |
| 2.6 | Desproporción de la pena por la existencia de requisitos para aplicar los límites al máximo cumplimiento efectivo de la condena | Reforma legal (ya operada) |
| 3 | Imposibilidad de aplicar nueva jurisprudencia a condenado en sentencia firme | Recurso de revisión |
| 4 | Errores del legislador y prueba anticipada de modificaciones legislativas | Reforma legislativa |
| 5 | Reparación de los errores judiciales | Sistema de recursos y recurso de revisión |
| 6 | Mecanismo logístico de vaciamiento de cárceles ante sobrepoblación carcelaria | <p>Identificación causas directas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reforma de regulación de medidas cautelares personales; reducción de dilación de procedimiento - Revisión de proporcionalidad de penas; mecanismo de suspensión de ejecución para penas de prisión de corta duración; penas sustitutivas a la pena de prisión - Control y severidad de normativa penal para detectar y castigar a funcionarios y autoridades públicas que soliciten beneficios para efectuar traslado de presos <hr/> <p>Dotación presupuestaria: incremento número de plazas para internos</p> |

Un escenario distinto es el generado por las funciones primarias del indulto. En su seno se ha detectado la única función para la que la figura del indulto puede mantenerse a futuro:

conseguir la paz social y la convivencia, por lo que también se ha verificado el segundo enunciado de nuestra tesis.

Los entornos en los que aquella utilización se replica son excepcionalísimos y, precisamente por sus especiales características, no son susceptibles de predeterminación concreta –sí de delimitación general, de catalogación apriorística–. En relación al resto de las funciones primarias asignadas al indulto, el análisis efectuado determina su improcedencia y, por consiguiente, demostrar la solvencia de la tesis que se sometía a verificación: bien porque otras instituciones cumplen la función que realiza con un nivel de adecuación superior o bien porque su uso no puede reputarse legítimo o aceptable en un Estado de Derecho.

| | | |
|---|--|--|
| 1 | <p>Esperanza de salida de prisión anticipada ↔ Incentivo mejor comportamiento</p> <p>↳ Beneficio penitenciario máximo</p> <p>Méritos y virtudes</p> <p>Arrepentimiento (premier)</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Art. 25.2 CE (todas las penas) - Regulación penitenciaria (consideración buena conducta) → Adelantamiento libertad condicional (supresión art. 206 RP, propuesta reforma art. 205 RP) Acto de reconocimiento público Previsión normativa ya en vigor o potencial |
| 2 | <p>Mecanismo de distribución de las consecuencias del hecho delictivo entre autor y sociedad</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Matización de extremos del modelo de atribución de responsabilidad penal - Sanciones penales dirigidas hacia la resocialización |
| 3 | <p>Concesión para celebrar eventos de los denominados extraños al hecho o acontecimientos faustos</p> | <p>No permitir</p> |
| 4 | <p>El indulto como indicador de defectos intrasistémicos</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Corrección a través de los mecanismos adecuados en función de la función secundaria de que se trate - Conjunto de indicadores: sistema de recursos (recurso de revisión); declaración de inconstitucionalidad; modificación normativa (propuesta ex art. 4. 3 CP, iniciativa legislativa ex arts. 87 CE o propuesta elevada por |

| | | |
|---------|--|--|
| | | Defensor del Pueblo) junto con aplicación retroactiva de la ley más favorable al condenado |
| 5 | El indulto como instrumento de necesario control, de contrapeso, como mecanismo de equilibrio entre poderes | No susceptible de acogida |
| 6.1 | El indulto otorgado por motivaciones militares | No susceptible de acogida |
| 6.2 | El indulto otorgado por razones electorales y de cercanía | No asumible |
| 6.3.1 | El indulto otorgado por razones de política exterior | - Superación de la figura dada la nueva orientación internacional - Libertad condicional (beneficios penitenciarios) - Tratados/acuerdos internacionales |
| 6.3.2.1 | El indulto otorgado por razones de política interior sin perseguir paz social y concordia | Principio de oportunidad normativizado o potencial introducción en legislación (procesal y material): <i>principio de oportunidad legislado</i> |
| 6.3.2.2 | El indulto como instrumento para alcanzar la paz social y la concordia | Utilizable como mecanismo de justicia transicional |

Aceptando la empírica heterogeneidad de la utilización del indulto, se ha propuesto una sistematización de su empleo que ha permitido constatar la solvencia de los enunciados de la tesis que se sometían a verificación. Para efectuar dicha comprobación se ha asumido una perspectiva analítica y empírica, adoptando un patrón vertical –histórico– y horizontal –de análisis de Derecho comparado–. El interrogante que surge ahora, en atención a las premisas analíticas sobre las que se asienta la tesis, es: ¿será posible también su confirmación si el estudio se realiza desde la perspectiva de las distintas teorías de justificación de la pena?

5.1. Teorías de la pena y tesis de la investigación

Como se advirtió al presentar la investigación, aunque no sea un tema profusamente estudiado¹⁷³⁹, no puede acometerse un examen sobre la justificación actual de la figura del indulto sin aproximarnos a dicha institución desde los fines asignados a la pena o, lo que es lo mismo, desde las distintas teorías de justificación de la pena¹⁷⁴⁰.

El indulto no es sino la renuncia del Estado, como titular de él, a que el *ius puniendi* sea ejecutado en sus estrictos términos; la negativa a que la pena impuesta en sentencia firme sea íntegramente cumplida. Por tanto, la pregunta que ha de resolverse ahora es, ¿en qué supuestos, si es que caben, el Estado debe o puede renunciar a la exigencia de una pena impuesta a través del empleo del indulto?

Recordemos que la tesis mantenida en esta investigación parte de una diferenciación en cuanto a los escenarios de análisis: el escenario de normalidad y el excepcional, caracterizado por representarse como un proceso de justicia de transición.

En el seno de un escenario de normalidad defiendo que la figura del indulto carece actualmente de justificación y no debería mantenerse, puesto que su empleo respondería: o a utilidades ilegítimas e inaceptables, ajenas a la satisfacción del fin de la pena¹⁷⁴¹ (con independencia de la finalidad, en abstracto, que se quisiera asignar a ésta) o a subsanar déficits del sistema ya cubiertos o a resolver por otras instituciones. Por consiguiente, sostengo que la concesión de indultos justificada por la satisfacción del fin al que se dirigía la pena ha devenido ya en innecesaria dado que otras figuras, dogmáticamente más adecuadas y con un encaje más ajustado en un Estado de Derecho, cubren aquel propósito que se pretendía alcanzar a través del indulto.

Sin embargo, intuyo que, en atención justamente a aquellos fines asignados a la pena y, en último término, a los que realiza el propio Derecho penal como mecanismo de resolución de conflictos para mantener una convivencia pacífica en una sociedad¹⁷⁴², en escenarios de

¹⁷³⁹ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 395-396, lo califica como inexplorado.

Sin embargo, existe alguna aproximación en relación a la amnistía, FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, pp. 59-62; FREEMAN, *Necessary Evils*, pp. 20-23.

Quizá pudiera explicarse, siguiendo a HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», p. 18, por la falta de simetría entre el desarrollo de la potestad de castigar (y su estudio) y la potestad de perdonar.

¹⁷⁴⁰ HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 115-116; CAMPAGNA, «Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung», p. 183: «Dabei wurde ersichtlich, daß man die Frage der Begnadigung nicht unabhängig von der Frage der Bestrafung diskutieren kann. (...) Wenn es nun gute Gründe dafür gibt, daß der Verurteilte nicht hätte bestraft werden sollen, so wird es auch gute Gründe für seine Begnadigung geben»; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 600; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 20.

¹⁷⁴¹ BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 490, 526; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 75-76.

¹⁷⁴² LACKNER, «§ 13 StGB – eine Fehlleistung des Gesetzgebers?», en LACKNER/LEFERENZ et al. (Dirs.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York,

justicia de transición sí podría aceptarse recurrir al indulto para permitir flexibilizar la ejecución de la pena en interés último de dicha convivencia.

Analizaremos, entonces, utilizando la clasificación tradicional de las teorías de justificación de la pena¹⁷⁴³, el espacio que cada una de ellas permite a la figura del indulto para verificar si se puede confirmar nuestra tesis o si, por el contrario, debe rechazarse o ser matizada.

En el transcurso de la investigación hasta alcanzar dicho objetivo, se superará un análisis simplista de la cuestión limitado a la resolución del siguiente silogismo: si a la pena se le asignan unas funciones y el indulto impide la ejecución íntegra de la pena, ¿entonces el empleo del indulto negaría, *ipso facto*, la satisfacción de cualesquiera funciones que se le asignen a aquella¹⁷⁴⁴?¹⁷⁴⁵

Adicionalmente, intentaré salvar un interrogante que enturbia el análisis sobre la institución del indulto desde las distintas teorías de la pena. Si se afirma que el indulto debe ser concedido cuando se satisfaga el fin de la pena¹⁷⁴⁶, ¿seremos capaces de verificar su efectiva consecución para un determinado sujeto¹⁷⁴⁷? ¿Cómo se constataría dicho extremo? De asumir la concesión de un indulto parcial, mayoritarios en la práctica, ¿cómo se fijaría el resto a cumplir, si se referencia en el cumplimiento de aquellos fines asignados a la pena? Y, previamente, ¿qué fin o fines serán a los que atenderemos al realizar dicha comprobación,

1973, pp. 117-118: «Diese Überzeugung, daß Strafrecht im Kern Schutzrecht ist, also vom Staat nur als Mittel zur Gewährleistung friedlichen Zusammenlebens in der Gesellschaft eingesetzt werden darf, ist inzwischen unangefochten herrschend geworden» (p. 119); ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, pp. 98-99.

¹⁷⁴³ BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, p. 181; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 253-254; HÖRNLE, «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», en *Juristenzeitung*, núm. 19, 2006, pp. 950-951.

¹⁷⁴⁴ Vid. apartado 5.3.1.2.1.3. *Teorías sobre la innecesidad de ejecución del castigo y sobre la equivalencia funcional de las instituciones del perdón.*

La excepción estaría constituida por aquellos que defendiesen que el fin de la pena quedaría alcanzado con el solo dictado de la sentencia, en cuanto expresión-simbólica de la reprobación del hecho al autor ya que, como se sostiene en esta investigación, la concesión de un indulto solo sería planteable cuando la sentencia condenatoria hubiera alcanzado firmeza y, por tanto, su otorgamiento no afectaría negativamente a aquella resolución, ya firme.

¹⁷⁴⁵ DORNE/GEWERTH, «Mercy in a climate of retributive justice», p. 414.

¹⁷⁴⁶ KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 9; NIEVA FENOLL, «Proceso penal y delitos de corrupción», p. 19; VON PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, p. 193. LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 511, quien apunta que para que las medidas de perdón se consideren legítimas: «sólo es posible si se ubica el perdón estatal en el contexto más amplio de los fines de la pena. Así, si la imposición de una pena está legitimada cuando un sujeto haya realizado una conducta merecedora y necesitada de pena, en la medida en que sea necesaria porque no haya un medio menos lesivo para garantizar la convivencia, el perdón (esto es, el no cumplimiento, o el cumplimiento parcial de la pena impuesta) sólo será legítimo cuando –como afirma Echano– haya ausencia de merecimiento o necesidad de pena».

El manifiesto «Contra el indulto como fraude en defensa de la independencia judicial y de la dignidad», suscrito por doscientos Magistrados el 29 de noviembre de 2012, expresamente indica: «El indulto implica afirmar la falta de necesidad de la ejecución de la pena. Sólo se justifica cuando el cumplimiento de aquella no desempeñe finalidad preventiva, resocializadora o retributiva alguna, o cuando resulte desproporcionada».

PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», pp. 113-114, sostiene una formulación en negativo, a favor de la concesión, siempre que los fines de la pena se preserven.

¹⁷⁴⁷ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 407, 411, 498, sobre la imposibilidad en abstracto de confirmar la satisfacción del fin de la pena en concreto (como prerrequisito de concesión del indulto).

considerando el gran desacuerdo que existe en la doctrina sobre ellos?¹⁷⁴⁸ ¿Y por qué limitarnos a comprobar su satisfacción exclusivamente respecto del solicitante de indulto?

Antes de iniciar nuestro examen ha de efectuarse una delimitación metodológica y advertir que el fin de este apartado de la investigación no es la exploración de la pena y sus fines para inclinarnos por una u otra postura o tratar de construir la nuestra propia. Dicho objetivo rebasaría el ámbito de estudio al que nuestra exploración se adscribe; mutaría el objeto último del trabajo. Nuestro análisis no pretende ni un examen de las premisas y conclusiones de las construcciones dogmáticas sobre la justificación de la pena, ni un posicionamiento acerca de los fines asignados a ésta, ni, tampoco, una exploración que verse sobre ellos. Nuestra labor se centrará en plasmar las distintas posturas doctrinales defendidas al respecto en relación con la institución que es objeto de nuestra investigación y en analizar qué reacción genera el indulto cuando impacta con ellas, comprender su eventual repercusión y los espacios que han sido concedidos (si los hay) a dicha figura por cada una de aquellas construcciones dogmáticas ya formuladas.

Por último, no puede dejar de advertirse que las próximas reflexiones podrán ser trasladadas *mutatis mutandis* a las construcciones mixtas, unificadas o unificadoras de la pena, en la medida en que parten o se componen (de forma yuxtapuesta o pretendiendo una asunción integral) de las abstracciones y premisas que serán analizadas sin que, por ello, se repute necesario un estudio *ad hoc*, que nada adicional aportaría.

5.2. Teorías absolutas e indulto

Siguiendo la sistematización clásica de las teorías absolutas de la pena, se distinguirá entre las teorías de la expiación y las teorías de la retribución a través del castigo merecido¹⁷⁴⁹.

5.2.1. Teorías de la expiación

Las teorías de la expiación parten de la necesidad de que la pena sea ejecutada para que, cumpliendo un castigo merecido, el reo consiga enmendarse a través de la compensación por el delito que cometió¹⁷⁵⁰.

Como sintetizara ROXIN, con la expiación el autor asume internamente la pena como justa retribución, acepta mentalmente su comportamiento delictivo, se purifica y recupera, a su través, su integridad humana y social¹⁷⁵¹. El sentido de la pena, conforme a dichas teorías de

¹⁷⁴⁸ FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, p. 39.

¹⁷⁴⁹ BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, p. 184; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 2006, 4ª ed., pp. 70-73; MEINI, «La pena: función y presupuestos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 71, 2013, pp. 145-147.

¹⁷⁵⁰ BARNETT, «The grounds of pardon», p. 521; DERRIDA, *Perdonar*, pp. 21-22, destaca la frecuente asociación, no fortuita, establecida entre el perdón y figuras como la expiación, la salvación, la redención y la reconciliación.

¹⁷⁵¹ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 73: «Oft ist aber mit der "Sühne" gemeint, dass der Täter die Strafe als gerechten Schuldausgleich innerlich annimmt, sein deliktisches Verhalten seelisch verarbeitet, sich läutert und durch eine solche Sühne seine menschliche und soziale Integrität zurückgewinnt».

corte moralista, es conciliar al infractor con él mismo y con la sociedad, y auxiliarle para alcanzar nuevamente su dignidad¹⁷⁵².

La construcción se basaría, por consiguiente y como apunta MATA Y MARTÍN desde una perspectiva penitenciaria, en una idea de corrección (no de resocialización), vinculada a una visión expiatoriva-religiosa que asigna a la pena un contenido moral¹⁷⁵³.

Podría parecernos en una primera aproximación que el indulto no tendría cabida de asumirse dichas premisas, dado que la exigencia de la pena sería necesaria para garantizar la efectiva corrección del condenado. Sin embargo, si fuera posible verificar el cumplimiento del fin expiatorio antes de que el fin del cumplimiento (temporal) de la pena fuera alcanzado, de comprobarse la satisfacción de la enmienda moral del sujeto, arrepentido, antes de que la pena estuviera íntegramente liquidada, podría teóricamente defenderse la utilización del perdón como mecanismo para remitir la pena que ya habría devenido innecesaria, dado el cumplimiento efectivo de la reforma moral efectiva del delincuente¹⁷⁵⁴.

5.2.2. Teorías de la retribución a través del castigo merecido

Para las teorías absolutas de la retribución desarrolladas en los siglos XVIII y XIX, la pena carece de función distinta a la de infligir al autor el castigo merecido por la comisión de un delito¹⁷⁵⁵. Su pretensión metafísica y lógica deóntica hunden sus raíces en las exigencias emanadas de los principios de la Justicia o el Derecho¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵² MEINI, «La pena: función y presupuestos», pp. 145-146.

¹⁷⁵³ MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 207-208. En el mismo sentido, LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 175; SCHILD, «Strafe – Vergeltung oder Gnade?», p. 376.

¹⁷⁵⁴ HAMPTON, «The retributive idea», p. 160. En contra de acudir al indulto en estas situaciones, RÖDER, *Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*, Ed. Julius Gross, Heidelberg, 1846, pp. 32-33.

FREEEMAN, *Necessary evils*, pp. 21-22, escéptico con dicha controvertida teoría y con la posibilidad de su virtualidad para autores de delitos graves de violencia masiva o de aquellos cometidos bajo fuertes convicciones políticas, religiosas o de clase. Sin embargo, admite que las amnistías condicionales sometidas a confesiones, solicitudes de perdón, compensación y servicios a la comunidad, podrían contribuir a este fin, más que socavarlo.

¹⁷⁵⁵ PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 262: «Para los partidarios de las teorías retributivas, la pena no tiene ninguna función que trascienda al castigo merecido por haber cometido el delito. La denominación de teorías absolutas con la que se conocen también estas teorías obedece al hecho de que para ellas la pena no se justifica por sus positivas consecuencias sociales, por su necesidad o su utilidad para los individuos o la comunidad (consideraciones estas que tendrían un carácter variable, contingente, relativo por tanto), sino por principio, por la propia exigencia categórica, absoluta de justicia de que quien ha cometido el delito reciba lo que se merece»; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 84; MURPHY, «Hatred: a qualified defense», en MURPHY/HAMPTON, *Forgiveness and mercy*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York, 1994, pp. 88-110 (especialmente, pp. 94-95, 103), sobre la construcción del «retributive hatred» de la víctima, que justificaría su deseo (y su satisfacción personal) de que se haga justicia, infligiendo daño al autor del delito, de que éste reciba su castigo merecido; ZIMMERMANN, *Verdienst und Vergeltung*, p. 2.

¹⁷⁵⁶ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 93-94; ZUGALDÍA ESPINAR, en el mismo (Dir.), *Fundamentos de Derecho penal, Parte General, Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 4ª ed., p. 52.

Sus defensores sostienen que la pena tiene un carácter absoluto, retributivo, pues constituye un fin en sí misma¹⁷⁵⁷, un deber ser metajurídico que contiene su fundamento¹⁷⁵⁸, desvinculado de un efecto social o de posibles metas preventivas¹⁷⁵⁹. Por consiguiente, pudiera pensarse que, asumiendo dichos postulados, *a priori* la pena que correspondería al delito tendría que ejecutarse siempre –sin consideración de cláusulas prescriptivas u otorgamientos de indultos¹⁷⁶⁰– y en su totalidad¹⁷⁶¹.

Al basarse en la pena que merece el sujeto por su conducta, sus defensores se centran en lo ya acaecido, en lo sucedido, adoptando una visión retrospectiva¹⁷⁶². La exacción del castigo merecido se efectuará, cual «imperativo categórico»¹⁷⁶³, por el solo hecho de que el sujeto ha cometido un delito con independencia de cualquier extremo, consecuencia o circunstancia, favorables o desfavorables, ulteriores a aquel¹⁷⁶⁴. Con ello, se rechaza que la imposición de un castigo pueda servir como medio para promover algún otro bien (ya sea en beneficio del reo o de la sociedad)¹⁷⁶⁵. Se censura el tratamiento del sujeto como objeto y se incide en la necesidad de adoptar un enfoque en igualdad –misma gravedad del delito, mismo castigo¹⁷⁶⁶–.

A finales de 1792, el propio KANT modularía la aserción de la exacción del castigo como imperativo categórico, reflexionando, en una misiva: «*Therefore they define punishment as malum physicum ob malum morale illatum ("physical evil inflicted because of moral evil"). In a world of moral principles governed by God, punishments would be categorically necessary (insofar as transgressions occur). But in a world governed by men, the necessity of punishments is only hypothetical, and that direct union of the concept of transgression*

¹⁷⁵⁷ BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, pp. 181-182; HAMPTON, «The retributive idea», pp. 112-113; MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, p. 68.

¹⁷⁵⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 253, 257.

¹⁷⁵⁹ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pp. 70, 72; PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 17, 20-21.

¹⁷⁶⁰ RÖDER, *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, pp. 35-36.

¹⁷⁶¹ DURÁN MIGLIARDI, «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual», en *Revista de filosofía*, núm. 67, 2011, pp. 127-131.

¹⁷⁶² BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», pp. 194, 197: «*desert is a backward-looking concept. Judgments of who deserves what are necessarily based on past events about the crime, the criminal, the victim, and society. None of these facts can change with the passage of time, so the offender's desert cannot change either*» (p. 197); GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», p. 16; VON HIRSCH, *Doing Justice, The Choice of Punishments, Report of the Committee for the Study of Incarceration*, 1976, Ed. Northeastern University Press, Westford, 1986, pp. viii, 47-49, 160; mismo autor, *Past or future crimes, Deservedness and Dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, Ed. Manchester University Press, Manchester, 1986, pp. 10, 31.

Críticos con la asunción de la visión retrospectiva al entenderla limitada para valorar las razones que deben justificar el ejercicio de la clemencia, MORISON, «The politics of grace», pp. 19, 110-112; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», pp. 1518-1519.

¹⁷⁶³ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*, pp. xx-xxx, 11-13, 18-20: «*Verbindlichkeit ist die Nothwendigkeit einer freyen Handlung unter einem categorischen Imperativ der Vernunft*» (p. xx).

Vid. MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 101-103.

¹⁷⁶⁴ BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», p. 185; SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, pp. 7-8, 11.

¹⁷⁶⁵ Vid. MAÑALICH, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva, Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling», *Indret*, núm. 2, abril de 2015, p. 24.

¹⁷⁶⁶ ZIMMERMANN, *Verdienst und Vergeltung*, p. 162.

with the idea of deserving punishment serves the ruler only as a prescription for what to do»¹⁷⁶⁷.

Una vez concretado el hecho típico por un sujeto responsable debe serle impuesto un castigo merecido, una pena justa, un castigo proporcional de acuerdo con la gravedad de la ofensa y la culpabilidad del agente –en cuyo vidrioso cálculo¹⁷⁶⁸ pudiera comprenderse el impacto de la estigmatización del condenado, de no encuadrarse dentro de las teorías relativas¹⁷⁶⁹–.

La exacta culpabilidad del sujeto como límite de la pena serviría para que no pudiera ser castigado por debajo de ella, pero tampoco por encima¹⁷⁷⁰. Las respuestas a *¿qué ha hecho el sujeto responsable?* y *¿qué merece por lo que ha hecho, en atención a las previsiones normativas?* pueden ser obtenidas. Por consiguiente, aun cuando pueda ser contraproducente la aplicación de la pena desde algún otro punto de vista distinto (por ejemplo, por ocasionarse un efecto desocializador al tratarse de una pena privativa de libertad de corta duración, tratándose de un delincuente primario), el castigo debería ser ejecutado íntegramente en todo caso. Con ello, se dirige un mensaje al autor –que ha actuado cual *free rider* o «aprovechado»¹⁷⁷¹– que le ordena cumplir el castigo merecido, repudiando su (falsa) pretensión de superioridad¹⁷⁷².

De esta forma, la preocupación de los retribucionistas sería la medida de la pena, que ésta guarde estricta igualdad y sea proporcional con el delito cometido. El merecimiento –condición necesaria y suficiente para infligir el castigo¹⁷⁷³– se vendría a constituir como límite y fundamento de la pena y, por ende, pudiera entenderse que una vez determinada la pena merecida, cuyo cálculo podría incluir modernamente el cuestionado análisis de la dignidad de la víctima¹⁷⁷⁴, no podría atenderse ningún otro tipo de factores y aquélla debería ser ejecutada por completo.

Como recuerdan GIL GIL¹⁷⁷⁵ y SILVA SÁNCHEZ¹⁷⁷⁶, las doctrinas retributivas no han sido construidas en torno a la figura de la víctima del delito, ni en atención a los derechos que recientemente se les reconoce (derecho a la verdad, derecho al proceso, derecho a la

¹⁷⁶⁷ KANT, *Philosophical Correspondence 1759-99 edited and translated by Arnulf Zweig*, Ed. The University of Chicago Press, Londres, 1986, reimpr., carta a J. B. Erhard, de 21 de diciembre de 1792, p. 199

¹⁷⁶⁸ KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 580.

¹⁷⁶⁹ Fin contemplado como autónomo en la sentencia de Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 15 de mayo de 2003, Prosecutor contra Laurent Semanza (caso núm. ICTR-97-20-T), en cuyo punto 554 se analizan los fines de la pena en relación a la aplicación de la amnistía.

¹⁷⁷⁰ ZIMMERMANN, *Verdienst und Vergeltung*, p. 167.

¹⁷⁷¹ Crítico, HAMPTON, «The retributive idea», pp. 114-116, 130-138, 157, a favor de entender que el motivo de aplicar sufrimiento al autor es anular la apariencia de superioridad de éste y afirmar el valor real de la víctima.

¹⁷⁷² MARKEL, «Against mercy», pp. 1464-1465.

¹⁷⁷³ HURD, «The morality of mercy», pp. 390, 406.

¹⁷⁷⁴ FREEMAN, *Necessary Evils*, pp. 22-23; HURD, «The morality of mercy», pp. 402-403; M. MOORE, «Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher», pp. 67-89, contra FLETCHER, a favor de que las víctimas sean ignoradas en una teoría retributiva, al haber sido tenidas en cuenta al configurar la norma que es la violada por el autor del delito y de la que se deriva el castigo merecido: «*[The victims] are at the center of the norms whose violation is at the core of criminal law*».

¹⁷⁷⁵ GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», p. 16.

¹⁷⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, «Doctrines Regarding “The fight against impunity” and “the victim’s right for the perpetrator to be punished”», en *Pace Law Review*, vol. 28, núm. 4, verano de 2008, pp. 872-873.

justicia o supuesto derecho al castigo¹⁷⁷⁷) sino centradas en el autor y la norma. Por ello, HEGEL defendió que la pena retribuye el daño causado al ordenamiento jurídico (no la lesión a la víctima)¹⁷⁷⁸.

La ejecución de la pena se convierte, así, en un derecho del autor¹⁷⁷⁹ u «honor negativo»¹⁷⁸⁰ a recibir un castigo tras cometer un hecho delictivo y, por consiguiente, algunos autores anticipan la supuesta oposición de las posturas retribucionistas al empleo de un indulto que excepcionara aquel derecho¹⁷⁸¹.

La gracia sería, para los defensores de estas teorías, una virtud que quedaría reducida a verse desplegada en el ámbito de las relaciones privadas¹⁷⁸², ya que su aplicación en la esfera del castigo del Estado alcanzaría el opuesto funcional al que pretende conseguir la retribución¹⁷⁸³.

En un primer momento, asumiendo los postulados defendidos por los máximos representantes de las teorías retributivas, KANT¹⁷⁸⁴ (con su retribucionismo taliónico) y HEGEL¹⁷⁸⁵ (con su dialéctica idealista), parecería que no existe espacio alguno para el indulto porque, concretado el hecho delictivo, sería necesario su castigo en todo caso, sin excepción¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁷⁷ GALLEGO ARRIBAS, *Justicia transicional y ponderación de intereses*, pp. 21-28, sobre la dificultad de construir un derecho de la víctima al castigo del autor y su relación con la inexistencia de un deber absoluto de castigo derivado de los tratados y convenios internacionales. Vid. nota al pie 446.

¹⁷⁷⁸ MEINI, «La pena: función y presupuestos», p. 147.

¹⁷⁷⁹ MORRIS, H., «Persons and punishment», en *The Monist*, octubre de 1968, vol. 52, núm. 4, pp. 475-501.

¹⁷⁸⁰ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 67-70; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 87.

¹⁷⁸¹ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 46-49: «*Pardons defraud offenders of their rights (...). Only punishing preserves the self-determination of offenders, because punishment is what they choose when they choose to commit crimes. Since persons have the right to be punished for their crimes, the state has not only the right, but the duty, to punish. Pardon, the failure to punish people who deserve punishment, is a moral failing, a breach of obligation, and a violation of right. The obligation to punish, Hegel believed, is absolute*» (p. 49).

En este sentido, JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. por CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 100-101, apunta que, partiendo de las teorías kantianas, éstas deducen una objetivización de la persona (confusión entre persona y cosa) si una pena justa no fuera ejecutada, basándose en ponderaciones de prudencia, porque el delincuente pueda ofrecerse para un experimento médico o porque solicite el indulto al poseer una habilidad poco común.

¹⁷⁸² MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 112; STATMAN, «Doing without mercy», pp. 331, 336-338, 341-349; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, pp. 109-111; MURPHY, «Mercy and legal justice», pp. 8, 10-14, defiende la necesidad de excluir el *criminal law paradigm of mercy* y centrarse en el papel de la clemencia exclusivamente en el *private law paradigm*, en el seno del cual desaparece la paradoja de la clemencia (pp. 4-6), si bien queda irresuelta la paradoja de la *equal protection* (p. 12). Sobre el derecho del tratamiento en igualdad y la *equal protection clause*, vid. DWORKIN, *Taking rights seriously*, pp. 223-238, 272-276.

CARD, «On mercy», en *The Philosophical Review*, vol. 81, núm. 2, abril de 1972, pp. 188-189, 192, intentando encontrar un punto intermedio, considera la clemencia como una virtud personal, no predicable de las instituciones que son administradas, sino de quienes la administran.

¹⁷⁸³ FREEMAN, *Necessary Evils*, p. 20, sobre las amnistías.

¹⁷⁸⁴ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*.

¹⁷⁸⁵ HEGEL, *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, pp. 88, 93-102, §§82, 95-103, especialmente ilustrativos § 97 («*Die geschehene Verletzung des Rechts als Rechts ist zwar eine positive, äußerliche Existenz, die aber in sich nichtig ist. Die Manifestation dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in die Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung, – die Wirklichkeit des Rechts, als seine sich mit sich durch Aufhebung seiner Verletzung vermittelnde Notwendigkeit*») (p. 95) y § 101 (pp. 99-101).

¹⁷⁸⁶ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, p. 31, sobre el alcance de dicha conclusión a primera vista; CÓRDOBA ANGULO/RUIZ LÓPEZ, «Teoría de la pena, Constitución y Código Penal», en *Derecho penal y Criminología*, vol. 22, núm. 71, 2001, p. 57; HURD, «The morality of mercy», pp. 390, 398; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal, Concepto y método*, Ed. B de f, Buenos Aires, 2003, 2ª

Ello explicaría, como se advirtió en un apartado precedente¹⁷⁸⁷ y como señalara PENSKY¹⁷⁸⁸, que, a salvo su excepción en relación con la posibilidad de que el monarca perdonara el delito cometido contra su persona en un marco propio de épocas pretéritas¹⁷⁸⁹ (bajo un esquema propio de perdón del ofendido), KANT se opusiera duramente a la aplicación de la figura del indulto, por cuanto ello implicaría la inaplicación de un castigo merecido que, de no ser infligido, recaería sobre el pueblo, cómplice de esa violación pública de la justicia¹⁷⁹⁰. Se produciría, por tanto, una tensión natural entre el indulto y la justicia retributiva¹⁷⁹¹.

Pero constatada dicha aseveración con carácter general, ya comprobamos que existe un escenario extraordinario para el cual el propio KANT acogió una excepción y aceptó acudir al indulto¹⁷⁹². Por ello, el siguiente epígrafe de la investigación se centrará en analizar si autores defensores de las teorías absolutas han apoyado el empleo del indulto y, de ser así, en qué casos.

5.2.3. ¿Indulto en el seno de las teorías absolutas?

5.2.3.1. Los ámbitos de aplicación del indulto identificados por KANT y HEGEL

Aunque pudiera parecer contraintuitivo, en el seno de este estudio ya se anticipó que KANT defendió un escenario excepcional en el que sí podría legitimarse el empleo del indulto: si aconteciese un caso extremo, equiparable al estado de necesidad, en el que peligrara la propia subsistencia del Estado por el gran número de implicados en una acción delictiva¹⁷⁹³. Sería un supuesto en que, de aplicarse el castigo capital, se podría volver al estado de la naturaleza. A los fines de conservar la vida del conjunto del pueblo, KANT excepciona su rechazo a la figura del indulto y admite que, en estos casos aislados, pueda ser utilizada. Como se tuvo ocasión de advertir, estos escenarios podrían ser, actualmente y a los efectos de nuestro estudio, identificables con los procesos transicionales.

Curiosamente también HEGEL aceptó expresamente la utilización del derecho de gracia. Sin renunciar a las premisas básicas de su teoría dialéctica, de inexorabilidad de aplicación del

ed. reimpr., p. 82, apunta a que la existencia del indulto (junto con la prescripción, la amnistía o el perdón del ofendido) vendría a constatar que a la pena no debe atribuírsele la función de la realización de la justicia (concepción retributiva), siendo explicable desde «*la perspectiva de la oportunidad de la prevención*»; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», p. 1503; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 83-84.

Se deduce que ello es la causa de que DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, no dedique un análisis a las teorías absolutas y exclusivamente se centre en las relativas, pp. 341-496 (especialmente, pp. 404-411, 417).

¹⁷⁸⁷ Vid. referencias contenidas en el epígrafe 3.4.1. *Las posiciones críticas de BECCARIA, FILANGIERI, BENTHAM y KANT.*

¹⁷⁸⁸ PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 8-9. En idéntico sentido, BUESA BLANCO, «Víctimas del terrorismo y política del perdón», p. 18; CARD, «On mercy», p. 182; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 128; SÁDABA, *El perdón*, pp. 68, 75-76, 129.

¹⁷⁸⁹ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*, p. 236.

¹⁷⁹⁰ KANT, *ibid.*, p. 229.

¹⁷⁹¹ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 596; MARKEL, «Against mercy», pp. 1421-1422; RIEFF, *Elogio del olvido*, pp. 111-113.

¹⁷⁹² Vid. apartado 3.4.1. *Las posiciones críticas de BECCARIA, FILANGIERI, BENTHAM y KANT.*

¹⁷⁹³ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*, pp. 231-232.

castigo como necesaria negación del delito, incorpora, utilizando reflexiones teológicas¹⁷⁹⁴, aquel derecho de gracia como reconocimiento supremo de la majestad de espíritu¹⁷⁹⁵.

En coherencia con su estructura global, HEGEL no defiende la excepción de la aplicación de la pena cuando se constata la comisión del hecho delictivo, sino que hace residir la facultad graciosa en la eliminación del propio hecho («*das Geschehene ungeschehen zu machen und im Vergeben und Vergessen das Verbrechen zu vernichten*»¹⁷⁹⁶). Efectuada dicha supresión, no se podría derivar pena alguna al hacerse innecesaria la negación de un hecho que queda transformado en inexistente. Trasvasadas dichas reflexiones a la estructura actual de las figuras del perdón, lo que HEGEL admitiría sería la amnistía, no la figura del indulto¹⁷⁹⁷.

Partiendo de estos mimbres, SEELMANN eleva los enunciados de HEGEL y concluye que, en atención a la construcción del segundo nivel de imputación hegeliano (basado en la moral), el filósofo alemán se habría ocupado, con posiciones ciertamente modernas, de si, por razones de utilidad social o justicia, pudiera prescindirse de la exigencia de la pena, para concluir afirmativamente con dicha posibilidad en dos escenarios¹⁷⁹⁸: (i) Por razones de utilidad o conveniencia social¹⁷⁹⁹, cuando la eficacia de la norma no sea necesaria, en atención a los niveles de peligrosidad para una sociedad¹⁸⁰⁰; o (ii) Por consideraciones de justicia en los que se produciría una disminución de la imputación (*Zurechnungsminderung*) a través de la dispersión en la imputación (*Zurechnungsstreuung*)¹⁸⁰¹: escenarios de corresponsabilidad¹⁸⁰². En este último supuesto

¹⁷⁹⁴ SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», en KAUFMANN M./RENZIKOWSKI (Dir.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, p. 91.

¹⁷⁹⁵ HEGEL, *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, pp. 293-294, § 282.

¹⁷⁹⁶ HEGEL, *ibid.*, pp. 293-294, § 282.

¹⁷⁹⁷ En el mismo sentido, CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 135-136, quien considera precisamente la de HEGEL como la mejor definición de la amnistía, aunque: «*wobei er aber im Haupttext die Wirkungen der Gnade mit denjenigen der Amnestie verwechselt*». Mismo autor, «Amnestie», p. 535. MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 131-132, sin embargo, interpreta que la gracia (amnistía o indulto) no suprime la efectividad del hecho criminal y, por tanto, a lo que se referiría HEGEL, según dicho autor, no sería a la desaparición de aquel hecho sino a la renuncia a ejercer el derecho a responder a él en el diálogo de la punición.

Sobre la explicación a la divergencia de interpretación de este pasaje, SÁDABA, *El perdón*, pp. 123, 127, quien desconfía que se pueda proporcionar una interpretación comúnmente aceptada del pensamiento hegeliano.

¹⁷⁹⁸ SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», pp. 85, 87-91: «*Er [Hegel] macht dabei vielmehr auch auf zweierlei Gründe für das Unterlassen dieses Zurechnungsakt aufmerksam: Die Zurechnung kann unterbleiben, wenn sie für die Wirksamkeit der Norm nicht notwendig ist, als aus Gründen sozialer Zweckmäßigkeit. Sie kann aber auch, je sie muss aus Gerechtigkeitserwägungen beschränkt werden oder ganz unterbleiben, soweit andere, insbesondere die zurechnende Instanz selbst, eine überwiegende Mitverantwortung an der zur Last gelegten Tat tragen*».

¹⁷⁹⁹ HEGEL, *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, pp. 216-217, § 218.

¹⁸⁰⁰ SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», pp. 88-90: «*Damit wird deutlich, dass aus Hegels Sicht nicht nur die Frage, wie bestraft werden soll, sondern bereits die, ob es überhaupt einer Zurechnung bedarf, vom Zustand der Gesellschaft abhängig ist. Eine gefestigte Gesellschaft kann also nicht nur Strafen mildern, sondern sogar auf Zurechnung verzichten*» (p. 89); «*In dieser Kombination von Präventionstheorien und historischen Fortschrittsmodellen steht Hegel, wenn er von der gesellschaftlichen Notwendigkeiten her über die Erforderlichkeit von Zurechnung reflektiert und, über die Strafmilderungslehren noch hinausgehend, in gefestigten Staaten mangels Gefährlichkeit von Straftaten in bestimmten Fällen den Verzicht auf Zurechnung für angebracht hält*» (p. 90).

¹⁸⁰¹ SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», pp. 90-91: «*Damit geht Hegel auf etwas ein, was man heute als "Zurechnungsminderung durch Zurechnungsstreuung" bezeichnen könnte*» (p. 91).

serían casos individuales extremos en los que la sociedad en su conjunto también asumiría responsabilidad, de forma que la dimensión de la responsabilidad del individuo se limitara o, incluso, se eliminase. Se trataría entonces, continúa SEELMANN, de una cuestión de justicia, analizándose si se debe atribuir el hecho al individuo o si el único modo aceptable de superar socialmente dicho hecho sería su perdón¹⁸⁰³.

Admitiéndose la figura del perdón expresamente por los dos grandes valedores de las teorías retributivas, no pueden marginarse en esta investigación otras posiciones que, basadas en las teorías absolutas, también justificarían, en determinados escenarios, la utilización del indulto, aunque se dibuje apriorísticamente cual oxímoron¹⁸⁰⁴.

El primer argumento empleado para su defensa se asienta, básicamente, en que la pena que ha sido impuesta no era merecida (o no lo era en toda su extensión), supuestos de castigo inicial inmerecido¹⁸⁰⁵, en los que se apunta al perdón como el instrumento a través del cual se alcance la medida exacta de la pena a imponer¹⁸⁰⁶. El segundo razonamiento se basa en la idea de merecimiento como metaconcepto: igual que se merece el castigo, el penado se puede hacer acreedor del perdón¹⁸⁰⁷. Esta segunda vertiente entronca con el concepto de justicia acuñado por Ulpiano ya citado, definido como la necesidad de dar a cada uno lo suyo¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰² Vid. apartado 4.4.2. *El indulto como mecanismo de distribución de las consecuencias del hecho delictivo entre autor y sociedad.*

¹⁸⁰³ SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», p. 91: «Wenn bei genauerer Betrachtung einer üblicherweise einem Einzelnen zugerechneten Tat sehr viele, im Grenzfall sogar die ganze Gesellschaft, eine Verantwortung trägt, so kann dies das Ausmaß der Verantwortung eines Einzelnen limitieren, ja im äußersten Fall ganz aufheben (...). Es ist dann die Frage der Gerechtigkeit, ob dem Einzelnen noch die Tat zugerechnet werden darf –was angesichts von deren Ubiquität einem Sonderopfer aus präventiven Gründen gleichkäm– oder ob die einzig akzeptable Art der sozialen Aufarbeitung einer solchen Tat die Verzeihung ist».

¹⁸⁰⁴ MOORE, K. D., *Pardons*, p. 90.

¹⁸⁰⁵ HURD, «The morality of mercy», p. 399; MARKEL, «Against mercy», pp. 1441, 1445.

En ese caso, anticipamos, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, «El perdón: prólogo para penalistas», no se trataría de un *perdón* –como acto de renuncia a la imposición del castigo merecido–. Dado que entre el perdón y merecimiento debe existir una contraposición, es imposible un *perdón merecido*. Por tanto, de lo que se trataría en último término es de adecuar el castigo al merecimiento sin que debamos acudir a la dialéctica del perdón.

¹⁸⁰⁶ BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», pp. 196-197, escéptico con la idea de que sea el poder ejecutivo el que conozca la pena merecida concreta que debe ser impuesta al sujeto, a salvo que se asuman unas premisas no plausibles: que el ejecutivo maneje más información y de otro tipo que la empleada por el juez o salvo que se aceptase que el merecimiento cambia porque las circunstancias mutan; KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», pp. 37-45: «Almost always when clemency is granted, the reason cited is to rectify some sort of disparity in the punishment that is justly deserved» (p. 37); «[maybe clemency should be exercised only to ensure] that punishment are fair in a retributive sense» (p. 38), quien excluye de su utilización otros usos como los dirigidos en beneficio del Estado; MORISON, «The politics of grace», pp. 56-59; HUSSAIN/SARAT, «Toward New Theoretical Perspectives on Forgiveness, Mercy, and Clemency: An Introduction», p. 8. Sobre la dificultad de determinación de la cantidad exacta de sufrimiento merecido, FEINBERG, «The expressive function of punishment», pp. 421-422.

¹⁸⁰⁷ MOORE, K. D., *Pardons*, p. 10.

CARD, «On mercy», pp. 184-189, 204-206, apunta a que no existe una obligación (como correlativo de un derecho) sino un «ought to show mercy», como juicio moral ante fundamentos de carácter e infortunios del autor: «Mercy ought to be shown to an offender when it is evident that otherwise (1) he would be made to suffer unusually more on the whole, owing to his peculiar misfortunes, than he deserves in view of his basic character and (2) he would be worse off in this respect than those who stand to benefit from the exercise of their right to punish him (or to have him punished)»; DORNE/GEWERTH, «Mercy in a climate of retributive justice», p. 421, sobre la construcción simétrica de MOORE, K. D.; MARKEL, «Against mercy», pp. 1471-1473, para defender su reconducción a la legislación y no al indulto; SMITH, T., «Tolerance & Forgiveness: Virtues or

5.2.3.2. El recurso al indulto en escenarios de normalidad

Para comprender los supuestos en los que, desde teorías absolutas, se aboga por la justificación y utilización del indulto, emplearé un esquema que, en el ámbito del escenario de normalidad, permite encuadrar cada uno de los argumentos formulados¹⁸⁰⁹:

| | | | |
|----------------------|----------------------------|---|--------------------------------|
| Hecho [1] | Proporcionalidad [3] y [4] | Castigo merecido a infligir al sujeto [6] | Características del sujeto [7] |
| Delictivo [2] | | | |
| Según la norma penal | Igualdad [5] | Consecuencia jurídica anudada | |

[1] La primera justificación del indulto que se presenta desde las teorías retributivas es, como ya se ha adelantado, el razonamiento radical hegeliano. Si se niega el hecho acaecido (porque se convierte en «no-ocurrido»), falta la premisa necesaria para que la pena se justifique como necesaria retribución. Para permitir la eliminación del hecho, se acepta acudir a las figuras del perdón (en concreto, y para conseguir dicha supresión ficticia, a la amnistía).

[2] La segunda opción es negar el deber de reprobar el hecho cometido a pesar de que la norma penal escrita así lo recoja.

Basándose en el componente moral reflejado en las normas penales, entendiendo que el delito debe constituirse como expresión de un concepto de moral pública¹⁸¹⁰, se trata de advertir que la sociedad no entiende ya dicho hecho tan lesivo o dañino como para que sea penalmente castigado, aun cuando no se haya procedido a la reforma legal oportuna que compatibiliza la norma con la realidad social que ella se encarga de regular. De este modo, se apunta al indulto como instrumento para resolver esta falta de acompasamiento; cuando se entienda que una norma de comportamiento no debe ya quedar contemplada en el marco del aparato punitivo penal.

Michael MOORE asumió ese desdoblamiento de la pena, identificando esos dos componentes que la conforman, para concluir que en aquellos supuestos en que la norma de comportamiento no sea legítima (por no adecuarse a los cánones morales), el castigo debería

Vices?», pp. 39-40, advierte que, en esos casos, el acto de perdonar no es un acto de generosidad, ni opcional, ni un regalo supererogatorio.

¹⁸⁰⁸ KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 579.

¹⁸⁰⁹ Vid. otras propuestas en KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 579-639, quien distingue entre funciones basadas en la justicia (retributiva) y funciones neutras para la justicia; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», pp. 1519-1531, que divide los casos en sencillos (inocencia, duda sobre culpabilidad o castigo excesivo) y complejos –relativos a transformaciones o contribuciones tras el dictado de la sentencia– (conductas heroicas, rehabilitación).

¹⁸¹⁰ DWORKIN, *Taking rights seriously*, pp. 240-258.

excepcionarse. Ello, toda vez que el castigo a imponer carecería del componente moral que necesariamente ha de concurrir para legitimar la imposición de cualquier pena¹⁸¹¹.

De imponerse el castigo a pesar de la *desincronía*, las teorías de la retribución a través del castigo merecido podrían defender acudir a la figura del indulto para resolverla.

[3] Toda vez que los defensores de las teorías de la retribución se centran en analizar si el castigo impuesto es proporcionado conforme a la norma de conducta infringida por la conducta delictiva del autor, para aquellos casos en que se entendiera que la sanción que se anuda a dicha conducta es no ya indebida sino excesiva, el indulto serviría para resolver ese déficit de proporcionalidad de la norma de sanción en abstracto¹⁸¹².

[4] La cuarta eventual justificación del indulto desde las teorías de la retribución consiste en asignarle la resolución de los problemas de proporción del castigo, que se entiende entonces desmedido, en atención a las circunstancias del caso concreto, extraordinarias en relación al estándar común para el que iba destinada la norma. Ya no se trata de corregir una norma de sanción desproporcionada en abstracto sino de enmendar la desproporción que la aplicación de esa norma genera, en atención a las circunstancias del supuesto específico, a los fines de alcanzar un castigo merecido que imponer al sujeto¹⁸¹³. En este concreto apartado quedan insertadas las reflexiones de quienes defienden la utilización del indulto como mecanismo de adaptación, ajuste o acomodación de la norma general necesariamente abstracta a las concretas circunstancias de un caso singular y concreto, tratadas en el apartado **4.3.2. El indulto como instrumento de proporcionalidad**, al que me remito.

[5] Un quinto argumento esgrimido desde las teorías de la retribución que justificaría el empleo del indulto es la falta de uniformidad de las sentencias, para idénticos delitos e iguales circunstancias. Según BARNETT, la figura del indulto se puede emplear como remedio contra la

¹⁸¹¹ MOORE, M., *Placing blame, A theory of the Criminal Law*, Ed. Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 2010, reeimp., pp. 70-73: «A retributivist cares about the conditions of responsibility for an additional reason that is quite different than fairness, however. Such conditions form half the story of when someone deserves to be punished. In telling the retributivist story they make sense only when attached to substantive prohibitions that prohibit actions that are morally wrong. That a moral wrong was done is the second half of the story of when a person deserves to be punished, and there can be no deserved punishment (retributive justice) without this half too» (p. 70); mismo autor, «Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher», pp. 69-70.

¹⁸¹² BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 516-517.

¹⁸¹³ BARNETT, *ibid.*, pp. 500-501; CAMPAGNA, «Gibt es ein Recht auf Begnadigung?», pp. 382-385, asumiendo las tesis de CONSTANT; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», p. 1517; SMART, «Mercy», pp. 349, 353, 358: «Acts of “mercy” are simply measures by which we ensure that the punishment fits the crime. We exercise mercy to avoid an unduly harsh penalty which an insufficiently flexible legal system would impose upon the offender. In other words we exercise “mercy” to avoid an injustice. In cases like this there can be no contrast between the just course of action and the merciful course of action. There is some impropriety in calling cases like these of genuine mercy» (p. 358); HUSSAIN/SARAT, «Toward New Theoretical Perspectives on Forgiveness, Mercy, and Clemency: An Introduction», p. 8. En contra de SMART, CARD, «On mercy», pp. 182, 193-195, 206, al entender que la ética de la caridad y la ética de la justicia no son alternativas, distinguiendo entre formas de caridad («mercy») y formas de benevolencia («grace»). CARD defiende que si lo que se pretende es corregir injusticias de las normas, no se estaría tratando de un concepto genuino de clemencia. KOLNAI, «Forgiveness», p. 104, no distingue entre benevolencia y caridad, en su estudio de las virtudes personales.

discriminación, mayoritariamente por razones económicas y raciales, a los efectos de igualar los castigos a imponer¹⁸¹⁴.

[6] Desde un moderno retribucionismo legal y moral y lejos de premisas premiales, existen posiciones doctrinales que, asumiendo ciertos argumentos ya señalados, sostienen la necesidad de emplear el indulto con base en el factor merecimiento.

Si en términos generales las teorías absolutas se centran en la idea de que el castigo debe ser merecido, defensores del indulto como Kathleen Dean MOORE abogan por la construcción de la teoría del merecimiento del perdón. Igual que se puede merecer la aplicación del castigo, el condenado puede merecer que le sea otorgado un perdón¹⁸¹⁵. Toda vez que de lo que se tratará siempre es de aliviar o eliminar la carga punitiva infligida al sujeto condenado a través del perdón (nunca de ajustar la pena al merecimiento cuando se entendiera que debe incrementarse) es por lo que BEDAU afirma que el perdón retributivo sería un poder asimétrico de corrección de la severidad de las sentencias¹⁸¹⁶.

Del merecimiento de otorgamiento del perdón dibujado por Kathleen Dean MOORE y de las reflexiones del pensamiento de CONSTANT, CAMPAGNA deriva la criticable construcción de un derecho subjetivo del condenado a obtener el indulto¹⁸¹⁷. Se provoca, con ello, una modificación del paradigma que hasta entonces se aceptaba: del indulto como derecho del otorgante¹⁸¹⁸, a configurarse como un derecho del condenado a

¹⁸¹⁴ BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 501-502. También COZART, «The Benefits of Executive Clemency», p. 34; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 620, 627-630; mismo autor, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», pp. 39, 45; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», pp. 1509, 1521, 1534.

STRAUSS/BASKIR, «Controlling discretion in sentencing: the clemency board as a working model», en *Notre Dame Law*, núm. 51, julio de 1976, pp. 919-921, 942-945, pretenden, sin embargo, que esa desigualdad se resuelva por los propios jueces, siguiendo el modelo empleado por la Clemency Board que decidió en los Estados Unidos de América los indultos a otorgar tras la guerra de Vietnam.

¹⁸¹⁵ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 84-86, 87-178 (especialmente, pp. 122-130), 198: «*The goal of the new retributivism is to make sure that all offenders get the punishment they deserve –but this goal is to be accomplished by legislated tariffs that set fixed penalties for settled categories of crimes. Since there are only so many levels of punishment, and since the levels of culpability are infinite and the human capacity for causing harm is boundless in its variety, there will necessarily be “hard cases” in which the predetermined sentence is wrong. Then pardon will be the only available remedy*» (p. 85); «*Punishment is justified because it is deserved, and only when it is deserved. Pardons too should be granted only when they are deserved*».

¹⁸¹⁶ BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», pp. 189-191.

¹⁸¹⁷ CAMPAGNA, «Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 89, 2003, pp. 171, 180-181, 183; mismo autor, «Gibt es ein Recht auf Begnadigung? Benjamin Constants Paradigmenwechsel in der Problematik des Gnadenrechts», en BYRD/HRUSCHKA/JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 11, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 374, 376-379, 382-389, 402-403. En el mismo sentido, IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, pp. 472-473.

Desde el plano moral, SÁDABA, *El perdón*, pp. 78-84, 87, 91-92, asumiendo un pensamiento paralelo al de CAMPAGNA, acoge el perdón como deber (moral) positivo al estar conectado con la dignidad, un acto no supererogatorio.

En contra, AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 904-906; HAMPTON, «The retributive idea», pp. 159, 161.

¹⁸¹⁸ Vid. *epígrafe 2.1.1. Aproximación al concepto de indulto*. Sin embargo, MORISON, «The politics of grace», pp. 3-5, 11, 104, 114, defiende que el poder ejecutivo tiene un deber imperfecto de otorgar indulto, no basado exclusivamente en premisas retributivas; STATMAN, «Doing without mercy», pp. 332-335, 340-341, tiende igualmente a aceptar que el indulto sería un deber imperfecto (sin perjuicio de los problemas que

recibirlo, atendiendo a un elemental deber de justicia a alcanzar a su través cuando el castigo impuesto no era (el) merecido.

De aceptar la identificación del indulto como complemento necesario de la justicia¹⁸¹⁹ y sin perjuicio de las dificultades que tendría la medición de la justicia de una pena y los criterios con que dicha medición hubiera de ser efectuada¹⁸²⁰, lo que CAMPAGNA defiende es la configuración de un derecho humano de los condenados a obtener el indulto cuando la pena infligida no fuera justa. Es decir, según dicho autor, al condenado no debería serle exclusivamente reconocido el derecho a un proceso de tramitación de su solicitud de indulto sino, en aras de eliminar la arbitrariedad y libertad del otorgante que equiparara la efectiva concesión con la idea de regalía, el reconocimiento a la obligatoriedad de alcanzar un resultado positivo en el seno de dicho procedimiento cuando ninguna razón legítima se oponga a su concesión¹⁸²¹.

Se ha anticipado la controversia de esta posición sostenida por CAMPAGNA porque, junto con MURPHY, considero que a lo que el sujeto tiene derecho es a que se alcance, ya con su potencial condena (y eventualmente con el sistema de recursos), un resultado justo¹⁸²². El sujeto tiene derecho a que se alcance justicia en materia de condena penal (nunca estaría justificado que un inocente cumpliera un castigo¹⁸²³ o que quien no mereciera tanta pena no la viera rebajada). Por eso resultaría discutible reconocer un derecho (a ser indultado) que presuponga la negación de un derecho antecedente y preferente a obtener justicia¹⁸²⁴.

Partiendo de premisas que entiende complementarias¹⁸²⁵ —de retribución legalista (ausencia de obtención de ventaja en la comisión del delito¹⁸²⁶) y moralista (en virtud del merecimiento moral, de acuerdo con un concepto de justicia cósmica¹⁸²⁷)—, Kathleen Dean MOORE concluye que es necesario emplear el indulto cuando no se deba castigar por no existir responsabilidad del sujeto (criterios de merecimiento legal) y la utilización del perdón ha de ser permitida cuando concurra responsabilidad sin culpabilidad moral (asumiendo un criterio de merecimiento moral).

dicha posición encierra), dado que entenderlo como un acto supererogatorio de continuación de la justicia resultaría mucho más disfuncional.

¹⁸¹⁹ GARCÍA VALDÉS, «Sobre los indultos»; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 21-22; RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», p. 47.

¹⁸²⁰ MURPHY, «Mercy and legal justice», p. 3.

¹⁸²¹ CAMPAGNA, «Gibt es ein Recht auf Begnadigung?», pp. 377-378, 402. En contra, MURPHY, «Mercy and legal justice», pp. 3, 7.

¹⁸²² Vid. el propio CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 34, al defender que la pena debe ser «*gerechte verdiente Strafe*» porque, si no, sería un «*rundes Viereck*».

¹⁸²³ OSTOS MOTA, «El indulto», pp. 1060-1061, al reflexionar sobre la aplicación anticipada de la figura del indulto, advierte que el indulto es un perdón de la culpabilidad y si el investigado fuera inocente, a lo que tendría derecho es a resultar absuelto y a que se declare su falta de responsabilidad en los hechos enjuiciados.

¹⁸²⁴ MURPHY, «Mercy and legal justice», pp. 7-10.

¹⁸²⁵ MOORE, K. D., *Pardons*, p. 122.

¹⁸²⁶ MOORE, K. D., *ibid.*, pp. 102-104, 142-144.

¹⁸²⁷ MOORE, K. D., *ibid.*, pp. 112-114.

Por ello, CARD, «On mercy», pp. 185-186, 191-192, 198-199, 201-203, defiende, en consecuencia, que la clemencia (*mercy*) está más cerca de la compensación que de la retribución.

En función de la interacción de dichos factores, se distinguen cuatro tipos de escenarios¹⁸²⁸: **(i)** Que la persona deba ser legalmente penada y merezca moralmente el castigo; en cuyo caso, conceder un indulto sería una injusticia. **(ii)** Que la persona no deba responder legalmente ni merezca su imposición desde el plano moral. La concesión del indulto devendría en absoluta obligación. **(iii)** Que la persona penada merezca moralmente el castigo, pero no pueda predicarse su responsabilidad legal. Dado que la responsabilidad legal se establece como una condición necesaria para castigar, la pena sería ilegítima y, por consiguiente, el perdón debería aplicarse bajo premisas retributivas. **(iv)** Que pueda predicarse la responsabilidad legal del sujeto, pero no merezca moralmente el castigo: en este caso y bajo premisas retributivas, la aplicación del indulto sería posible (no indispensable), según Kathleen Dean MOORE.

Fuera de estos ámbitos en los que el perdón estaría justificado, se rechaza acoger la institución al entenderla como abuso, por no concederse en función de un criterio de merecimiento¹⁸²⁹. Por ello, esta autora se opone a aplicar el indulto dirigido a celebrar eventos¹⁸³⁰, los concedidos por el bien común o interés público (entre los que destacan aquellos que incentivan al autor a efectuar cualquier acción)¹⁸³¹, en beneficio privado¹⁸³², aquellos concedidos como premio o recompensas a acciones pasadas¹⁸³³, por piedad¹⁸³⁴, por recomendación (del juez o jurado)¹⁸³⁵ o por razones colectivas que califica como indignantes (como el mero hecho de ser mujer¹⁸³⁶ u ostentar determinado estatus familiar)¹⁸³⁷.

Con base en esta tipología de constelaciones de supuestos, Kathleen Dean MOORE defiende la concesión de indultos en los siguientes casos¹⁸³⁸:

¹⁸²⁸ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 11, 95; misma autora, «Pardon for good and sufficient reasons», pp. 286-288; DORNE/GEWERTH, «Mercy in a climate of retributive justice», pp. 421-423.

¹⁸²⁹ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 4, 199, 209-210; misma autora, «Pardon for good and sufficient reasons», p. 281.

¹⁸³⁰ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 130, 201.

¹⁸³¹ MOORE, K. D., *ibid.*, pp. 199-200.

¹⁸³² MOORE, K. D., *ibid.*, pp. 202-204.

¹⁸³³ MOORE, K. D., *ibid.*, pp. 204-205, se opone a su concesión dado que, como no están conectados con el hecho, no pueden justificarse desde estándares retributivos.

¹⁸³⁴ MOORE, K. D., *ibid.*, pp. 205-207.

¹⁸³⁵ MOORE, K. D., *ibid.*, pp. 207-208.

¹⁸³⁶ Sin embargo, ANCEL, *Capital Punishment*, p. 27, sobre el régimen de no ejecución de las penas de muerte cuando las condenadas son mujeres, como una cuestión asumida como costumbre vinculante.

En la práctica, DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», pp. 5, 9-10, 25, han comprobado el mayor número de indultos concedidos a mujeres, deduciéndolo de: «factores tales como la menor peligrosidad (basada en la observación de las cifras de delincuencia femenina), o las responsabilidades familiares»; mismos autores, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», p. 46; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy», p. 86; mismos autores, «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», p. 6, destacan la mayor rapidez con la que se concede los indultos a mujeres; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 499-501: «el número de mujeres que son beneficiadas por indulto, se ve incrementado (...) Este incremento es debido a una mayor sensibilidad hacia ellas, por lo que lleva consigo sus obligaciones maternas, número de hijos, necesidades familiares. (...) Incide también que el delito cometido es casi siempre menos grave»; MUÑOZ BLANCO, *El indulto en España*, pp. 34-36, 44, explica el diferencial a favor del otorgamiento de indultos a mujeres en las características y gravedad de las penas de los delitos cometidos por mujeres.

¹⁸³⁷ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 208-209.

¹⁸³⁸ MOORE, K. D., *ibid.*, pp. 11, 97-98: «I suggest that pardons may be appropriate on retributivist grounds under these conditions: 1. Innocence (a) to override a false conviction, or to prevent the punishment of a person whose guilt is in substantial doubt; (b) to prevent the punishment of an “innocent”, a person who

1. Los que bautiza como «indultos de inocencia»¹⁸³⁹: **(a)** Para anular errores judiciales¹⁸⁴⁰. Se llegaría a justificar el empleo del indulto para, incluso, corregir errores acaecidos en el propio proceso –cuando se dude que se haya podido condenar a un inocente–¹⁸⁴¹. O **(b)** para evitar el castigo de menores, dementes y sujetos con discapacidad intelectual¹⁸⁴². Como ejemplo prototípico de este último subgrupo, RIDOLFI recuerda el caso de PASSEAVANT sucedido en la Inglaterra del s. XIII en el que se condenó a una niña de cuatro años, sentenciándola a pena capital, por abrir la puerta y tirar accidentalmente a un compañero de juegos a un recipiente de agua caliente, quien después murió. La niña consiguió no ser ejecutada gracias a la petición de perdón formulada por su padre¹⁸⁴³.

2. Los delitos que considera «excusables»: **(c)** Para reducir las sentencias a autores que, en términos de ventaja, consiguieron poco o nada con su crimen [tentativa fracasada, delito reparado, delito de compensación, delitos de los denominados de responsabilidad objetiva (*strict liability offenses*)¹⁸⁴⁴ o delitos forzados (*coerced crimes*)]¹⁸⁴⁵.

Curiosamente, la Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 35, de 4 de febrero de 1936, p. 1082, expediente núm. 2245, concede el indulto ya que el autor había sido víctima de

cannot be blamed because of substantially reduced ability; or (c) to remove the stigma of a felony conviction from a person who has, over time, become a “new person”. 2. Excusable crime: when the offender gained nothing from the crime, either because (a) he acted unintentionally and made full reparations; (b) he was the only victim of his crime; (c) his crime repaired rather than created an injustice; or (d) the crime was coerced. 3. Justified crime: (a) to reduce punishment for criminal acts conscientiously performed; and (b) to prevent the punishment of morally justified acts. 4. Adjustments to sentences: (a) to relieve the punishment of an offender who has suffered enough, or one whose particular circumstances would make him suffer more than he deserves; or (b) to prevent an unwarranted cruel punishment» (p. 11). Contrario a dicha construcción, MORISON, «The politics of grace», pp. 77-83. A favor, DORNE/GEWERTH, «Mercy in a climate of retributive justice», pp. 420-425.

¹⁸³⁹ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 131-141; MEYER, «The Merciful State», pp. 66-67; RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», pp. 46, 66.

NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 87-88, identifica, incluso, la regulación de disposiciones específicas para este tipo de supuestos.

¹⁸⁴⁰ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 132-137, si bien destaca que el lugar apropiado para resolver los errores judiciales en los que se ha condenado a inocentes es en sede judicial –y el perfeccionamiento de recursos ha reducido el número de indultos acordados para este fin–, considera que no puede eliminarse totalmente la posibilidad de indultar puesto que el sistema judicial no ha adquirido un nivel de perfección en el que no existan errores; misma autora, «Pardon for good and sufficient reasons», p. 286; RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», p. 46.

¹⁸⁴¹ MOORE, K. D., «Pardon for good and sufficient reasons», p. 283, destaca esta causa como la más frecuente en los perdones presidenciales otorgados en los Estados Unidos de América entre 1885 y 1931; MORISON, «The politics of grace», pp. 22-24. En contra de dicha utilización, BARNETT, «The grounds of pardon», p. 500, puntos (2) a (6). En contra, GUZMÁN ERRÁZURIZ, «Indulto presidencial y terrorismo», p. 289, a favor de que las irregularidades procesales se resuelvan a través de los correctivos apropiados.

¹⁸⁴² MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 138-141; VON PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, p. 194.

¹⁸⁴³ RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», p. 48.

¹⁸⁴⁴ FEINBERG, «The expressive function of punishment», pp. 414-418, sobre los fundamentos de este tipo de delitos y los problemas que generan.

MURPHY, «Mercy and legal justice», p. 8, en contra de la admisión de este tipo de delitos no por clemencia, sino por justicia.

¹⁸⁴⁵ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 143-154. En sentido similar, SMART, «Mercy», pp. 347-348.

coacciones y amenazas que «*si bien no pueda servir para declararle exento de responsabilidad, ya que el miedo nunca puede ser eximente para un militar, deben ser tenidos en cuenta*».

3. Los delitos que entiende justificados, en supuestos en los que el texto legal no coincida con la moral¹⁸⁴⁶: **(d)** Para aquellos casos en los que se trata de un delito «moralmente justificado» (por ejemplo, los que cataloga como «delitos de conciencia»¹⁸⁴⁷).

4. Los indultos otorgados como mecanismo de ajuste del castigo al merecimiento, en relación al suficiente sufrimiento infligido al condenado¹⁸⁴⁸: **(e)** Para equiparar el sufrimiento del sujeto con la gravedad del delito cometido en supuestos en los que el autor ya haya sufrido suficiente¹⁸⁴⁹. De forma no pacífica, si no se contemplase expresamente en la legislación, se aboga por que el castigo a imponer sea aliviado a través del indulto cuando el sujeto haya sufrido ya una pena (pena natural), a los fines de alcanzar la justicia poética o cósmica¹⁸⁵⁰. **(f)** Cuando el autor sufra demasiado, desproporcionadamente, por circunstancias especiales (como los perdones en el lecho de muerte, cuando los autores sean extremadamente jóvenes o ancianos, o cuando se trate de individuos particularmente vulnerables¹⁸⁵¹)¹⁸⁵². Como señala HAMPTON, esta justificación deriva de distinguir dos planos de análisis: el sufrimiento retributivo que debe infligirse al autor, como expresión del valor de aquel a quien dañó, y el propio bienestar del autor¹⁸⁵³. **(g)** Para templar castigos que sean demasiado severos¹⁸⁵⁴. Y **(h)** para aliviar las consecuencias persistentes de una sentencia, dada la inexistencia de una norma análoga a nuestro art. 136 CP en los Estados Unidos de América¹⁸⁵⁵.

Lo que se deriva de la presente investigación en este concreto punto es que el recurso que se efectúa a la figura del indulto no se basa en el cumplimiento adelantado del fin de la pena que

¹⁸⁴⁶ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 155-165.

¹⁸⁴⁷ MOORE, K. D., *ibid.*, pp. 158-165; misma autora, «Pardon for good and sufficient reasons», p. 287.

¹⁸⁴⁸ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 166-178; misma autora, «Pardon for good and sufficient reasons», p. 288.

¹⁸⁴⁹ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 168-173.

FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, pp. 47, 77, emplea este argumento en palabras del Juez Handy y del Juez Keen, quien resalta que lo aduce en su calidad de ciudadano privado.

¹⁸⁵⁰ BARNETT, «The grounds of pardon», p. 524; CARD, «On mercy», pp. 201-203; KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 633; SMART, «Mercy», p. 348.

Crítica, HURD, «The morality of mercy», pp. 400-401, lo reconduce a una cuestión de justicia, no de clemencia; en idéntico sentido, MARKEL, «Against mercy», pp. 1437, 1462, 1471, quien defiende que admitir su relevancia sería tanto como privilegiar la mala suerte.

¹⁸⁵¹ MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 34, 114-115; MEYER, «The Merciful State», p. 68. En contra, MURPHY, «Mercy and legal justice», p. 8.

¹⁸⁵² MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 173-175; WALKER, «The quiddity of mercy», p. 33.

¹⁸⁵³ HAMPTON, «The retributive idea», pp. 159-160, en el mismo sentido, indicando que en esos casos el castigo sería abusivo por no poderse alcanzar la finalidad educativa asignada a la pena o porque al sujeto se le inflige más mal que bien. Si bien advierte que «*this leniency risks undermining both the deterrence message and the expression of the value the wrongdoer has transgressed*» (p. 159).

¹⁸⁵⁴ MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 175-177; RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», pp. 78-81.

SMART, «Mercy», pp. 353-354, crítica, introduce en este tipo de indultos aquellos casos en que las condiciones familiares sean adversas y los parientes o dependientes puedan enfrentarse a un sufrimiento desmedido. Respecto de este último inciso, también CARD, «On mercy», pp. 201, 203; y KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», pp. 44-45.

¹⁸⁵⁵ MOORE, K. D., *Pardons*, p. 177.

las teorías retributivas le asignarían al castigo, ni en un fin autónomo basado en las premisas sobre las que se asienta la teoría de la retribución. Lo que se pretende con su empleo es paliar algún déficit o corregir algún error que se ha producido, identificando dicho desajuste empleando las hipótesis de partida de aquellas teorías¹⁸⁵⁶.

Es por ello que, en estos supuestos, no son marginales los autores que, aun partiendo de premisas retribucionistas y aceptando la necesidad de ajuste de proporcionalidad para la imposición del castigo merecido, consideran indefendible que el Estado efectúe dicha corrección, de justicia, a través del indulto¹⁸⁵⁷.

En este sentido se pronuncia MURPHY¹⁸⁵⁸. Según dicho autor, si el sujeto ha actuado correctamente (porque su conducta estuviera justificada) o si no llega a poder predicarse su responsabilidad (por concurrir en su conducta una excusa válida), entonces lo que es injusto es que se le castigue, sin que se tenga necesidad de recurrir al indulto¹⁸⁵⁹. Y si se acude a la gracia para atemperar la justicia, dado que de algún modo la clemencia necesita partir de esa justicia, entonces se alcanza la paradoja de la clemencia: optar por la clemencia se representaría, quizás, como una injusticia¹⁸⁶⁰. Dicha paradoja o contradicción¹⁸⁶¹, según KÖHLER, es susceptible de ser resuelta a través de asumir la

¹⁸⁵⁶ Así, RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», pp. 78, 81-90, a favor del empleo del indulto para efectuar dicha corrección.

¹⁸⁵⁷ HURD, «The morality of mercy», pp. 389-421 (especialmente, pp. 398-407), defiende su oposición por falta de base moral en el ámbito del Estado (sin perjuicio de la indulgencia en el ámbito de las relaciones amorosas y de amistad): «*there is no moral basis for mercy, properly described, by officials within a justice system that is devoted to achieving retributive justice*» (p. 393).

¹⁸⁵⁸ MURPHY, «Mercy and legal justice», pp. 1-14. En relación a supuestos de pena natural y autor joven de un primer delito: «*why talk of mercy here and confuse what we are doing with some moral virtue that requires the tempering of justice? For to avoid inflicting upon persons more suffering than they deserve, or to avoid punishing the less responsible as much as the fully responsible, is a simple –indeed, obvious– demand of justice. A basic demand of justice is that like cases be treated alike, and that morally relevant differences between persons be noticed and our treatment of those persons be affected by those differences. This demand for individuation –a tailoring of our retributive response to the individual natures of the persons with whom we are dealing– is a part of what we mean by taking persons seriously as persons and is thus a basic demand of justice*» (p. 7).

¹⁸⁵⁹ MURPHY, *ibid.*, p. 3.

¹⁸⁶⁰ MURPHY, *ibid.*, pp. 4-6; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, p. 58. Críticos con la paradoja de MURPHY, MORISON, «The politics of grace», pp. 27, 68-74, 97-100; STEIKER, «Tempering or Tampering? Mercy and the Administration of Criminal Justice», pp. 16-19, 20-21.

Replicando dicha línea de pensamiento, CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 127-128: «*se supone que esa sentencia es justa pues en caso contrario vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva y sería entonces nula. Ahora bien, si la sentencia es justa, ¿cómo es posible que sea dejada sin efectos en virtud de un acto de gracia?; en tal caso, ¿no hubiera sido más lógica una sentencia absolutoria en lugar de una condenatoria? Y ¿cómo es posible que sean justos tanto el castigo impuesto en la sentencia como el acto de clemencia? (...) La respuesta a la paradoja de considerar justas tanto la imposición de la pena como el perdón de la misma habrá de encontrarse en las circunstancias sobrevenidas después de la declaración de responsabilidad*».

Sobre dicha contradicción, voto particular formulado el 19 de diciembre de 2003 por el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA, a la STC de 18 de diciembre de 2003: «*El derecho de gracia [art. 62 i) CE], en tanto que prerrogativa con la que se excepcionan los rigores del Ordenamiento, es radicalmente incompatible, una vez ejercido, con la pretensión de recabar tutela jurisdiccional, pues quien se beneficia de la gracia se sitúa en un domino que no es el de lo jurídicamente debido, sino el de lo graciable. No le cabe, en definitiva, pedir en Derecho lo que ha obtenido en virtud de la gracia, es decir, con excepción del Derecho mismo*».

¹⁸⁶¹ SIMMONDS, «Judgment and mercy», pp. 53-56, asume que la paradoja es solo aparente y que la teoría planteada por MURPHY es insatisfactoria, dado que en ella se confunden los deberes de los permisos o

unidad del concepto jurídico, en la que el indulto superase su asimilación o analogía con la gracia divina para ser considerado como una mera forma especial, un medio de Derecho inmanente, para la obtención de la justicia¹⁸⁶².

MURPHY razona que si se utiliza el término de «mercy» para referirnos a demandas de justicia (por ejemplo, la demanda de individualización), entonces cesa en su consideración como virtud autónoma y, en su lugar, es una parte de la justicia, se reduce a ser una parte de ella. Siendo ello así, entonces nos resulta obligatorio apartar todo el discurso relativo a regalías, a actos de gracia, a supererogación y compasión¹⁸⁶³. Si, por el contrario, «mercy» es algo totalmente diferente de la justicia y realmente requiere (o permite) dejar un lado a la justicia, entonces lo que aconseja es una injusticia. Es decir, la clemencia es o un vicio (una injusticia) o redundante (una parte de la justicia)¹⁸⁶⁴. Por ello MURPHY concluye que, si las leyes son justas, contendrán diferenciaciones relevantes o permitirán que los jueces las establezcan, sin necesidad de acudir a la figura del indulto¹⁸⁶⁵.

[7] Por último, tal y como apunta BACIGALUPO ZAPATER¹⁸⁶⁶, autores hegelianos, como BERNER, introdujeron el análisis de la personalidad del culpable en el sistema del Derecho penal basado en una teoría absoluta de la pena¹⁸⁶⁷. La persona del autor no queda considerada exclusivamente desde la perspectiva de su culpabilidad, como parecerían restringir las teorías absolutas estrictas¹⁸⁶⁸, sino que se atendería al sujeto, a su personalidad. Aunque pudiera parecer contradictorio con sus premisas básicas, se trata de entender una teoría del merecimiento prospectiva y no meramente retrospectiva¹⁸⁶⁹. Incluso, se añade, nuestro estudio ha detectado que llegan a acogerse circunstancias estrictamente personales que afectan a la ejecución del castigo por aproximación de la muerte por senectud o enfermedad terminal, al considerarlo sobrevenidamente injusto¹⁸⁷⁰. Ha de ser advertido que acudir a estos

licencias y por cuanto separa la «mercy» del castigo; sin embargo, según SIMMONDS, aquella (la clemencia) encuentra en él su casa natural.

¹⁸⁶² KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», pp. 60-64, 66-68. También, BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, p. 31.

SÁDABA, *El perdón, passim* (especialmente, pp. 17-20, 66-75, 85, 107-115, 129, 136-137) en un sentido similar al defendido por KÖHLER, defiende que el perdón es una virtud moral (que nace de ésta y no del amor sin más), distinguiéndose de la teología –aunque comparta su estructura moral–. El perdón, así concebido, vendría a complementar la justicia. Sería un «más allá». El concepto de perdón de SÁDABA no choca con la justicia, ni la anula, ni la disloca.

¹⁸⁶³ SÁDABA, *El perdón*, pp. 93-97, teoriza sobre la diferencia entre el perdón y la compasión.

¹⁸⁶⁴ MURPHY, «Mercy and legal justice», pp. 5-8.

¹⁸⁶⁵ MURPHY, *ibid.*, p. 7.

¹⁸⁶⁶ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», pp. 20-22.

¹⁸⁶⁷ MOORE, K. D., «Pardon for good and sufficient reasons», pp. 286-287: «*it is appropriate for a president to prevent a transformed person from having to bear the continuing effects of punishment for a crime committed by the person he or she no longer is*». En ese mismo sentido, KOLNAI, «Forgiveness», pp. 101-103, 105; SÁDABA, *El perdón*, pp. 89-90; SMART, «Mercy», pp. 354-355, 357-358, analizando el paso del tiempo y sus efectos en el cambio de identidad, en el cambio de persona; o STEIKER, «Tempering or Tampering? Mercy and the Administration of Criminal Justice», pp. 17, 24. Crítica con la postura de SMART, CARD, «On mercy», pp. 204-206.

¹⁸⁶⁸ BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, p. 183.

¹⁸⁶⁹ BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», pp. 194-195; CAMPAGNA, «Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung», p. 184.

¹⁸⁷⁰ BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 518-519; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 628-629.

argumentos desnaturaliza las bases de las teorías absolutas en sentido propio para asumir otro tipo de razonamientos con mimbres utilitaristas o consecuencialistas¹⁸⁷¹.

De hecho, el giro hacia la prevención se detecta cuando los argumentos que se emplean para justificar el recurso al perdón para casos en los que, por ejemplo, se trata de dejar salir a un preso para que muera en libertad, se centran en la indiferencia a efectos preventivo especiales que dicha decisión genera y el bajo coste a efectos de prevención general que ocasiona, comparado con el beneficio potencial de adoptar tal medida¹⁸⁷².

En este tipo de constelaciones, asombra, por las posiciones doctrinales que defendió, analizar los tres supuestos para los cuales el indulto debe ser, según BERNER, aceptado¹⁸⁷³: **(i)** Para, en aplicación del Derecho, resolver la rigidez o inflexibilidad (*Starrheit*) de las leyes, inevitablemente imperfectas¹⁸⁷⁴. Con su empleo se salva, según BERNER, la contradicción entre esa imperfección predicable de toda legislación y los derechos conceptuales (*begriffsmäßige Rechte*). **(ii)** En su sentido verdadero y más sublime, cuando: **(a)** la total personalidad del culpable es mejor que su acto particular¹⁸⁷⁵; o **(b)** por altas consideraciones de la sociedad o del Estado¹⁸⁷⁶. **(iii)** De una peculiar importancia, aquellos supuestos, confluyentes con la liberación anticipada, pero sin estar sujetos a sus constricciones¹⁸⁷⁷, en que el delincuente ya ha experimentado una corrección, con la parte de la pena (parcialmente) cumplida¹⁸⁷⁸. Ello nos lleva a cerrar el círculo con escenarios semejantes a aquellos citados al inicio de este epígrafe, para los que los defensores de las teorías de la expiación justificaban su empleo.

5.2.3.3. El recurso al indulto en escenarios excepcionales

Si estos planteamientos se efectuaban en contextos de normalidad, ya se advirtió que en el seno de las teorías absolutas también se ha justificado la posibilidad de acudir a la figura del

¹⁸⁷¹ MORISON, «The politics of grace», pp. 20-22, 105-106, lo reconoce expresamente para defender que también determinadas consideraciones futuras (como el arrepentimiento o el restablecimiento del sentido de estabilidad personal e integridad del autor), consideraciones de hecho que no alcancen nivel de eximentes o causas de justificación o el análisis de las motivaciones que impulsaron al autor a la comisión del hecho delictivo, han de ser relevantes para la adopción de un indulto.

¹⁸⁷² Por ello, HURD, «The morality of mercy», pp. 403-405, defiende que éste (y el resto de argumentos) no obedecen a la retribución sino a criterios de maximización de la utilidad social (prevención): «*They are either retributivist who are maing desert-based arguments about the injustice of life- imprisonment as a penalty, or they are not retributivists at all*» (p. 404); MARKEL, «Against mercy», pp. 1465-1466, quien defiende negar virtualidad a estos sucesos desde una perspectiva retribucionista; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», pp. 1521-1523.

¹⁸⁷³ BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Ed. Scientia, Aalen, 1986, pp. 340-343.

¹⁸⁷⁴ En este sentido, también DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 342.

¹⁸⁷⁵ BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, p. 340: «(...) sondern die nach Gesetz und Recht verwirkte Strafe erlassen werde, sei es: a) weil der Schuldige in seiner ganzen Persönlichkeit besser ist als seine einzelne Handlung».

¹⁸⁷⁶ BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 522-523, lo ejemplifica con la realización de servicios meritorios, como hazañas militares.

¹⁸⁷⁷ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 22: «*Un anuncio de la remisión condicional de la pena y de la libertad condicional*».

¹⁸⁷⁸ BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, p. 340: «*Endlich hat die Gnade eine eigentümliche Bedeutung in Betreff derjenigen Verbrecher, bei denen die bereits zum Theil verbüßte Strafe Besserung bewirkt hat. Sie trifft hier in ihrer Aufgabe mit der vorläufigen Entlassung (...) zusammen, ist aber an deren Schranken nicht gebunden*».

indulto en circunstancias excepcionales¹⁸⁷⁹, caracterizadas por configurarse como un estado de excepción kantiano –relacionadas con sediciones, rebeliones, insurgencias o insurrecciones¹⁸⁸⁰–. En estos contextos, que MARKEL define como de suprema emergencia, la suspensión de la aplicación estricta de los principios retributivos podría configurarse como necesaria, permitiéndose la flexibilización de dichas premisas a favor de la inejecución íntegra de la pena a través del empleo del indulto¹⁸⁸¹.

5.2.4. Conclusiones y contraste de premisas de partida

De cuanto ha sido investigado, y aunque pareciera contraintuitivo, se responde afirmativamente a la primera cuestión relativa a la justificación del empleo del indulto por parte de las teorías absolutas. Nuestro análisis ha permitido identificar la reserva de espacios para su empleo en el seno de dichas construcciones.

Asentada esta primera conclusión, se ha constatado que:

(i) En escenarios excepcionales, las teorías absolutas permiten flexibilizar sus postulados y aceptan la posibilidad de acudir a la figura del indulto, sin que se plantee la posibilidad de acudir a instituciones alternativas a aquél¹⁸⁸².

(ii) En escenarios de normalidad:

O (a) los argumentos empleados para defender la figura del indulto no son propios de las teorías absolutas¹⁸⁸³ o sobrepasan las premisas en las que éstas se asientan¹⁸⁸⁴ (al acudirse a razones como la resocialización del condenado¹⁸⁸⁵, la consecución de méritos y servicios heroicos como los desarrollados por el Dr. MUDD¹⁸⁸⁶ o la reconciliación del

¹⁸⁷⁹ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, p. 31.

¹⁸⁸⁰ HAMILTON, en HAMILTON/MADISON/JAY, *The Federalist*, Ed. Hackett, Indianápolis-Cambridge, 2005, reed., núm. 74, 25 de mayo de 1788, pp. 397-398.

¹⁸⁸¹ MARKEL, «Against mercy», pp. 1442-1443: «*Retributivists can and should recognize that retributive justice is not the only value that makes life worth living, and that there are times when the suspension of retributive justice may be necessary*».

¹⁸⁸² MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 164, 201-202, quien no distingue entre escenarios de normalidad y excepcionalidad, desde la teoría retribucionista asume el siguiente planteamiento: «*The rhetoric accompanying postwar pardons often bubbles over with reconciliation and healing, forward-looking justifications that hold no water for a retributivist. But a retributivist can support a postwar pardon, if it is granted in recognition that the criminal acts were undertaken in accordance with sincerely held political or moral principles about which reasonable people differ*» (p. 164).

¹⁸⁸³ HURD, «The morality of mercy», p. 417. Por ejemplo, DORNE/GEWERTH, «Mercy in a climate of retributive justice», p. 450, quienes, tras asumir la construcción de MOORE, K. D., defienden la concesión de indultos siguiendo los criterios que enumeran: «*1. wrongful conviction, 2. medical (extreme cases), 3. gross sentence disproportionality, 4. Amnesty, 5. lengthy prison time served and inmate is now elderly, 6. heroic act or very distinguished service by inmate, 7. pardon strongly and unequivocally supported by victim, victim's, family, and/or community*».

¹⁸⁸⁴ MORISON, «The politics of grace», p. 112, incisivamente crítico con las posturas defendidas por K. D. MOORE y MURPHY, resuelve: «*The morally sound exercise of the clemency power must, therefore, incorporate nonretributive values within the sweep of its horizon*».

¹⁸⁸⁵ RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», pp. 1524-1531.

¹⁸⁸⁶ El Dr. Mudd (1833 - 1883) fue un médico estadounidense condenado por ayudar y curar la pierna de Booth, quien acudió a aquél tras atentar contra Abraham Lincoln en 1865, y por conspirar con éste para matar

autor del delito con la víctima y la sociedad¹⁸⁸⁷) y, por consiguiente, se analizarán en los siguientes apartados.

O **(b)** defienden una concesión del perdón articulable a favor de la amnistía, no del indulto¹⁸⁸⁸, o del perdón del ofendido (respecto del superado delito de lesa majestad)¹⁸⁸⁹; y, por consiguiente, fuera del alcance material de esta investigación.

O **(c)** están justificadas: **(c. 1.)** en el cumplimiento anticipado del fin expiatorio o de reforma moral del sujeto o **(c. 2.)** basándose en el merecimiento moral o legal, tratan de suplir déficits o corregir disfunciones detectadas al asumir dichas premisas¹⁸⁹⁰. En ambos escenarios, la aplicación del indulto queda superado por instituciones más ajustadas, con una aplicación adecuada de la teoría jurídica del delito desarrollada en nuestro ordenamiento y por las premisas basales de nuestro Estado de Derecho¹⁸⁹¹.

Para el siguiente análisis, por cuestiones de metodología y sistemática, asumiré el esquema de trabajo formulado sobre las causas que justificarían la utilización del indulto en el seno de las teorías absolutas. Por coherencia sistémica, se observa que las razones utilizadas por dichas construcciones y las instituciones que reemplazan a la figura del indulto, han sido ya objeto de análisis en la fase de la investigación centrada en los usos y empleos asignados al indulto (***Apartado 4. Utilización de la figura del indulto y finalidades asignadas. Una propuesta sistemática***). Para evitar reiterar aquí lo que allí detalladamente se expuso, me serviré de remisiones concretas y expresas a aquellas secciones¹⁸⁹².

Cuando de lo que se trate sea de resolver el cumplimiento anticipado del fin expiatorio que se le asigna a la pena –sin ahondar en la dudosa admisibilidad de dicha finalidad, sin perjuicio de las dudas que plantea que dicha satisfacción pueda ser verificada¹⁸⁹³ y al margen de discutir si la comprobación de su cumplimiento no debería, en su caso, ser siempre automática–, existen ya mecanismos concebidos para adaptar el régimen penitenciario aplicable al sujeto que

al Presidente. Fue indultado en 1869 por el Presidente Johnson no por las dudas que se mantenían sobre su inocencia sino tras ayudar en una epidemia de fiebre amarilla que afectaba la prisión donde estaba internado. Sobre la epidemia como motivo de indulto ante un problema de sobrepoblación carcelaria, MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 38.

Este paradigmático ejemplo es mencionado por MOORE, K. D., *Pardons*, p. 197; y RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», pp. 1523-1524.

¹⁸⁸⁷ RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», pp. 1502-1507, 1523, critica, desde una construcción de redención, las teorías de la clemencia defendidas por los que denomina neo-retribucionistas por su limitación, dada la existencia de otros dos fines a los que debe tender la pena según la autora: la rehabilitación y la reconciliación entre el autor, la víctima y la sociedad. KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 580-581, en la misma línea.

¹⁸⁸⁸ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 135-136.

¹⁸⁸⁹ KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*, p. 236.

¹⁸⁹⁰ BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», p. 189: «*The first thing to notice about a professing retributive theory of pardons built on a general theory of retribution in punishment is that the occasion for exercise of the retributive pardoning power arises only from a failure of retribution at the prior judicial sentencing level*»; MURPHY, «Mercy and legal justice», p. 9; SMART, «Mercy», p. 349, si bien defiende que una legislación completa que los corrigiera sería irrealizable.

¹⁸⁹¹ MARKEL, «Against mercy», pp. 1425-1478; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», p. 1502.

¹⁸⁹² En la versión digital se acompañan de los correspondientes hipervínculos, para mayor facilidad.

¹⁸⁹³ BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, p. 186; SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, p. 271.

observa buena conducta, que se encuentra ya «corregido», así como soluciones legales que permiten su salida temprana, un acortamiento efectivo del tiempo en el que está privado de libertad¹⁸⁹⁴. Por tanto, el recurso al indulto queda superado por el actual régimen penitenciario gradual (incluyéndose la figura de la libertad condicional¹⁸⁹⁵) y el beneficio penitenciario de adelantamiento de la libertad condicional (**vid. epígrafe 4.4.1.**).

Si la razón que se arguye es la mera desaparición del hecho, ya se ha insistido en que la opción del indulto se ve reemplazada por el recurso a la amnistía; si se trata de la posibilidad de que la víctima disculpe, el instituto de referencia es el perdón del ofendido.

Cuando el argumento empleado se construye en atención a la norma de comportamiento, entendiéndose que ésta ya no debe ser objeto de reproche ni sanción penal, de lo que se trata es de una cuestión de necesaria atipicidad de la conducta. Por consiguiente, la utilización del indulto se ha visto reemplazada por la reforma de la legislación (dejando de anudarse una consecuencia jurídica penal, una pena) y por la consiguiente revisión de las sentencias dictadas conforme a la anterior legislación (**vid. apartado 4.3.4.**).

Como se advirtió, uno de los principales usos para los que se podría defender el recurso al indulto en el seno de las teorías absolutas es para solucionar déficits de proporcionalidad que conllevarían la aplicación de sanciones excesivas. En este ámbito, se pretendía la utilización de aquella figura tanto para resolver disfunciones de la norma en abstracto como para corregir el exceso punitivo que la aplicación de la norma al caso concreto podría generar. Si el déficit se refiere a la norma en abstracto, entonces no cabe más solución que la reforma legal y, nuevamente, efectuar una revisión de las sentencias dictadas bajo el régimen normativo anterior, más gravoso (**vid. sección 4.3.4.**).

Si de lo que se trata es de ajustar la aplicación de la norma general a las particularidades del caso concreto, actualmente se disponen de mecanismos suficientes para alcanzar la necesaria individualización y acompasamiento, sin necesidad de acudir a la institución del indulto. En primer lugar, se cuenta con la individualización y determinación de la pena efectuadas por el aplicador del Derecho, de conformidad con las pautas (ya flexibles) marcadas por el legislador. Esa labor de individualización no se limita a la fase de aplicación, sino que, una vez dictada la

¹⁸⁹⁴ RÖDER, *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, pp. 104-105, 127-128, desde su visión correccionalista, califica el recurso al indulto como una desviación de las exigencias de la justicia, como una manifiesta irregularidad (*ein offener Mißstand*) y aboga por el empleo de caminos jurídicos a tomar por los jueces, sin perjuicio de terminar reconociéndole un espacio residual para alcanzar lo que denomina el «verdadero Derecho»: «Wenn nun bisweilen sogar die Richter selber schon aus der Verhandlung über einen bestimmten Fall die Ueberzeugung schöpfen, daß aus einem im Gesetz nicht berücksichtigten Rechtsgrunde die Strafe ganz oder zum Theil wegfallen sollte, wenn sie daher ihrem eignen gesetzmäßigen Strafurtheil sogleich einen Begnadigungsantrag anhängen, so werden sie jedenfalls noch ungleich sicherer sein dürfen, das wahre Recht zu fördern, wenn ihnen später durch den Bericht sämtlicher Beamten der Strafanstalt über die Sinnesart des Verbrechers und sein Verhalten (bez. Fortschreiten im Guten) hinreichende Mittel geboten werden, um sich eine richtigere Ansicht über ihn und Das was ihm Noth thut zu bilden, als es ihnen nach dem ersten Eindruck von einer einzelnen That Desselben möglich war, wenn demnach ihr erstes Erkenntniß nicht als ein unumstößliches Orakel, sondern nur als eine vorläufige Anordnung gilt, bei deren Erlassung künftige Verbesserung als selbstverständlich vorbehalten bleibt» (p. 104); «Nur in sehr seltenen Fällen wird schon gleich nach der That nicht einmal Dieß nöthig, sondern sofort Begnadigung –als letzter Ausweg für das wahre Recht– am Platz sein» (p. 128).

¹⁸⁹⁵ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 206; MARKELE, «Against mercy», pp. 1468-1469.

sentencia e impuesta una pena concreta, se despliegan todas las medidas preestablecidas en la regulación penitenciaria para efectuar dicha individualización en fase de ejecución gradual de la pena que, incluso, podría verse suspendida.

Si el órgano enjuiciador advirtiera la imposibilidad de alcanzar una solución proporcional al supuesto concreto, entonces el déficit reside no ya en el proceso de individualización sino en la norma a aplicar y, por consiguiente, podría acudir al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y, adicionalmente, a una solicitud de derogación o modificación de las normas penales. Derogación o modificación que podría ser acometida no solo a iniciativa del órgano enjuiciador, sino de conformidad con los detallados mecanismos establecidos para ello en nuestra Constitución (**vid. epígrafe 4.3.2.**).

En el seno de las teorías absolutas también se pretendería resolver, a través de la figura del indulto, la tara de desproporcionalidad del castigo impuesto cuando existiera un cambio sobrevenido en las circunstancias personales del condenado (cuando se tratase de enfermedades cualificadas o senectud avanzada)¹⁸⁹⁶. En esos casos, la solución pasa por permitir esa adaptación *ex ante*, incorporando previsiones normativas que recojan aquellos supuestos a los que quiera darse virtualidad. Una adecuada regulación permite, en estos casos y sin necesidad de acudir a la figura del indulto, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, el acceso a la libertad condicional cuando concurrieran determinadas circunstancias o la progresión del régimen penitenciario aplicable para adecuarse a las necesidades de la persona condenada (**vid. sección 4.3.2.5.**).

Recordemos que otra de las razones manejadas por los defensores de las teorías absolutas para acudir a la institución del indulto era la resolución, mediante dicho mecanismo, de una falta de igualdad en las sentencias dictadas; desigualdad ocasionada, por ejemplo, por la discriminación racial¹⁸⁹⁷. Debe estar fuera de toda duda que la contravención del principio de igualdad, en relación con un derecho fundamental como es la libertad, no puede ser resuelto a través de la figura del indulto, sino que será a través del planteamiento y estimación de la oportuna demanda de amparo por el Tribunal Constitucional como deba solventarse dicha violación (arts. 41 ss. LOTC).

El penúltimo argumento que se manejaba en el seno de las teorías de la retribución para acudir al empleo del indulto se basaba en resolver un déficit en las garantías del justo proceso. Con su utilización se pretende corregir un error judicial que, en último término, haría que se hubiera dictado una sentencia condenatoria respecto de una persona inocente. En la actualidad, no es la institución del indulto la que ha de resolver los errores judiciales sino el sistema de recursos, incluyendo el recurso de revisión (**vid. apartado 4.3.5.**).

¹⁸⁹⁶ MARKEL, «Against mercy», pp. 1470-1471.

¹⁸⁹⁷ OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», pp. 812-815, 824, sobre el empleo del indulto para abordar la injusticia en el seno de sistemas de justicia que exacerbaban la desigualdad; BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», pp. 803, 809, 833, 838, 851-856, 858, 869: «*sentences are often grossly disproportionate to the sentences received by other, often more culpable, individuals involved in the same crime*» (p. 858).

Por último, se comprueba cómo el indulto se habría configurado por los defensores de las teorías de la retribución como un mecanismo para corregir los déficits en la aplicación del castigo merecido. El catálogo de supuestos que se planteaban era amplísimo.

En realidad, este acervo de razones resulta tan vasto puesto que, en la práctica, se proyecta en todos aquellos supuestos que vertebran la composición de la teoría del delito (asumida la validez de la norma de conducta y la de sanción) y que, a la postre, permitiría concluir la propia inexistencia de un hecho delictivo cometido por un sujeto al que pueda serle exigida responsabilidad penal. No porque se haga desaparecer ficticiamente el hecho, sino porque, mayoritariamente, no puede predicarse que sea delictivo¹⁸⁹⁸ (o no existe acción, o esta no es típica, o no es antijurídica, o no se es culpable, o, finalmente, no es punible)¹⁸⁹⁹.

El indulto, desde una perspectiva de la retribución en aras de alcanzar un castigo merecido, la pena justa para el sujeto, llegará a ser defendido para supuestos que, en una teoría del delito perfeccionada, serán incardinables en escenarios entre los que, cual decálogo, podrían encontrarse los siguientes¹⁹⁰⁰:

- (i) el sujeto no sea autor ni participe (teniendo presente el principio de personalidad de la pena¹⁹⁰¹), o se tenga serias dudas de que pueda serlo¹⁹⁰²;
- (ii) no exista acción –por ejemplo, estados de inconsciencia–;
- (iii) la causación del resultado no sea imputable al sujeto.

Como ya advirtiera SILVA SÁNCHEZ, «*con un sistema flexible de imputación habría de ser posible que en el poder judicial se resolvieran estas cuestiones. Incluida la falta de oportunidad política de la sanción, que debería quedar en el ámbito sistemático de la punibilidad*»¹⁹⁰³.

- (iv) el sujeto no haya actuado con dolo o imprudencia;
- (v) el sujeto actúe bajo un error de prohibición¹⁹⁰⁴;

¹⁸⁹⁸ Cfr. MARKEL, «Against mercy», p. 1455, quien lo ciñe a la ausencia de determinación de culpabilidad moral y responsabilidad desde una perspectiva propia de las teorías de la retribución.

¹⁸⁹⁹ BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», p. 194: «*We cannot infer from the fact that a given offender does not “deserve” a given sentence, that the offender does “deserve” the mercy that a pardon brings. For it may be that the offender does not “deserve” anything at all.*».

¹⁹⁰⁰ Vid. MARKEL, «Against mercy», pp. 1436, 1444, desde una posición que denomina concepción confrontacional de la retribución, sintetiza su oposición al indulto mediante un ilustrativo cuadro. En él se explica que la indulgencia puede deberse a dos causas principales: la libre discreción (excusas y justificaciones, severidad del delito e identidad) –que es una cuestión de justicia, no de «mercy»– y la clemencia (compasión y corrupción, capricho e influencias) –no susceptible de ser mantenida–. CARD, «On mercy», p. 2000, sin embargo, la aísla de las justificaciones y las excusas.

¹⁹⁰¹ Dicho principio serviría para resolver el peculiar escenario dibujado por FOUCAULT, *Los anormales, Curso del Collège de France (1974-1975)*, trad. por PONS, Ed. Akal, Madrid, 2001, pp. 66-67, en el que un siamés mató a un hombre de una cuchillada sin que su hermano tuviera participación alguna.

¹⁹⁰² KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 602-603, 612, 624-625, defiende, para afrontar esta cuestión, la creación de una comisión que se encargue de revisar todas las sentencias indebidas; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», pp. 1519-1520.

¹⁹⁰³ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 274, nota 2; mismo autor, «El perdón: prólogo para penalistas».

¹⁹⁰⁴ BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 515-516.

- (vi) concorra cualquier causa de justificación o eximente de responsabilidad¹⁹⁰⁵ (por ejemplo, supuestos de legítima defensa¹⁹⁰⁶ o estado de necesidad¹⁹⁰⁷);

En este sentido, FLETCHER¹⁹⁰⁸, al elaborar su «teoría de las excusas», insiste en la necesidad de que sean introducidas en el texto legal aquellas circunstancias que deban afectar en la exacción de responsabilidad del sujeto –en función del sentimiento de compasión, entre iguales, centrándose exclusivamente en lo ocurrido, en el acto particular del que se derivaría la responsabilidad, y en las circunstancias que motivaron la comisión¹⁹⁰⁹– y de que su valoración no se deje a la discrecional aplicación del poder ejecutivo –en el que prima el sentimiento de misericordia, que se ejerce con una posición de superioridad, considerando al destinatario subordinado en su totalidad–¹⁹¹⁰.

- (vii) concorra alguna causa que atenúe la responsabilidad criminal¹⁹¹¹;
- (viii) se trate de un menor de edad¹⁹¹²;
- (ix) el sujeto no sea imputable (por ejemplo, por padecer una enfermedad mental)¹⁹¹³;
- (x) se haya decidido por el legislador que no ha de ser, por cuestiones de oportunidad, una conducta merecedora de pena (ausencia de punibilidad).

La aplicación de la teoría del delito a esos supuestos hace innecesario e improcedente acudir a la figura del indulto para resolver una cuestión que la propia aplicación de la justicia solventa.

Por motivos de homogeneidad con anteriores apartados de la investigación y para mayor claridad, se recogen las anteriores conclusiones en el siguiente cuadro:

¹⁹⁰⁵ BARNETT, *ibid.*, pp. 502-503; BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», p. 193, criticando expresamente la postura de Kathleen Dean MOORE en este punto.

¹⁹⁰⁶ Ya GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, Ed. G. F. Heyer, Giessen-Darmstadt, 1805, pp. 24-29, §§ 21-25 (especialmente, § 24, pp. 27-28), sobre el derecho de la persona de protegerse a sí misma (de forma proporcionada) cuando el Estado no logre protegerla («*wo der Staat keinen Schutz gewähren kann*»), dada una situación de *estado de la naturaleza*.

¹⁹⁰⁷ BARNETT, «The grounds of pardon», pp. 511-512; HARRISON, «The equality of mercy», p. 119, lo ilustra con el Caso Her Majesty The Queen contra Tom Dudley y Edwin Stephens, (1884) 14 QBD 273 DC (conocido en el debate académico como el caso del Mignonette) –uno de los que inspiró a FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*–; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 630-632; MORISON, «The politics of grace», p. 25; WALKER, «The quiddity of mercy», pp. 33-34.

¹⁹⁰⁸ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2000, reed., pp. 807-810. En el mismo sentido, HUSSAIN/SARAT, «Toward New Theoretical Perspectives on Forgiveness, Mercy, and Clemency: An Introduction», p. 9.

¹⁹⁰⁹ RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 586, 587, 612, 617, 620-621, aunque no acoge el término *caridad*, apuesta por sostener que a través de la relación de intercambio del perdón-otorgamiento del perdón se corrige la disimetría inicial entre la falta y el perdón.

¹⁹¹⁰ KOLNAI, «Forgiveness», pp. 91-92, al construir su teoría sobre el perdón, defiende que su ejercicio se establece en contextos interpersonales, sin relaciones de subordinación; RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 586, 612-613, 616-617; SÁDABA, *El perdón*, p. 89, distingue entre el perdón –que se da entre iguales– y la clemencia –que presupone una relación de dependencia o subordinación–; TORRALBA, *El perdón*, p. 61.

¹⁹¹¹ BARNETT, «The grounds of pardon», p. 509.

¹⁹¹² BARNETT, *ibid.*, p. 514; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 625-626.

¹⁹¹³ KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 625-626; RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», pp. 1520-1521.

| Justificación del empleo del indulto por las teorías absolutas | Institución que reemplaza o supera el empleo del indulto |
|--|---|
| Expiación alcanzada antes del fin de liquidación de la pena | Regulación penitenciaria (buena conducta) Régimen penitenciario gradual (libertad condicional) Beneficio penitenciario (adelantamiento de la libertad condicional) |
| Ficción: se hace desaparecer el hecho Disculpa del monarca (delito de lesa majestad) | Amnistía, no indulto Perdón del ofendido |
| Norma de comportamiento ya no debería ser objeto de sanción penal | Reforma legal (transformar en atípica) y revisión de sentencias dictadas |
| Sanción excesiva / Proporcionalidad: - Norma en abstracto - Desajuste al caso concreto (individualización) | - Reforma legal y revisión de sentencias dictadas - Individualización y determinación de la pena por el aplicador - Cuestión de inconstitucionalidad - Solicitud de derogación o modificación de las normas penales - Individualización en fase de ejecución de la pena - Previsión normativa (enfermedad cualificada o senectud avanzada): suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, acceso a la libertad condicional o progresión del régimen penitenciario aplicable |
| Falta de igualdad de las sentencias | Demanda de amparo |
| Déficits de justo proceso y errores judiciales | Sistema de recursos (recurso de revisión) |
| Déficits del castigo merecido | Aplicación de la teoría del delito |

En conclusión, el anterior proceso de identificación y comparación, permite, en el seno de las teorías absolutas, verificar nuestra tesis. En un escenario de normalidad, las razones que motivaban el recurso al indulto se han venido a satisfacer, superándolo, por instituciones más adecuadas, más garantistas y que generan menos fricciones en un Estado de Derecho. Por el contrario, en escenarios de transición, el indulto puede considerarse como un posible instrumento a emplear.

5.3. Teorías relativas o preventivas e indulto

En contraposición a las teorías absolutas se encuentran las que se han venido a bautizar como relativas que, desde una perspectiva utilitarista o consecuencialista, ya no justifican la aplicación de la pena por sí misma, sino que mayoritariamente la conciben como un medio para la realización del fin de la prevención de futuros delitos y para garantizar la subsistencia del orden social y la futura seguridad de la sociedad¹⁹¹⁴. Como señaló PLATÓN, citado por SÉNECA, nadie prudente pena porque se ha cometido un pecado, sino para que no se vuelva a cometer¹⁹¹⁵.

Esta visión prospectiva permite la inclusión de otros factores (hechos, consecuencias o circunstancias posteriores al hecho delictivo) que relativizan las consideraciones a realizar al imponer la pena y ejecutarla, lo que se proyecta directamente en su denominación¹⁹¹⁶.

En función de si lo que se pretende con la aplicación de la pena es afectar a la generalidad de la sociedad (para disuadir a terceros de que delincan, para conseguir la integración de la sociedad o para que se perpetúe la confianza en la vigencia de la norma) o al sujeto que ha cometido el delito, se distinguen dos grandes ramas teóricas: las teorías de la prevención general y las teorías de prevención especial¹⁹¹⁷.

Metodológicamente se seguirá el mismo patrón que se adoptó al investigar las teorías absolutas, intentando localizar ámbitos de aplicación en los que se haya justificado acudir al indulto para pronunciarnos acerca de la solvencia de la tesis planteada por esta investigación.

5.3.1. Teorías de la prevención general

Acogiendo una teoría de prevención general, para la que el fin de la pena consiste en evitar la comisión de futuros delitos incidiendo en la generalidad de la sociedad en el seno del cual se ha cometido el delito a castigar, parecería, *a priori*, imposible que se pueda permitir algún espacio para que la figura del indulto pueda ser aplicada.

Si el fin de la pena aplicada a un sujeto infractor es disuadir a la generalidad de la comisión de delitos (vertiente negativa o de la intimidación) o provocar una estabilización de la vigencia de las normas esenciales para el sistema jurídico (vertiente positiva), la concesión de un indulto parecería tener efectos perjudiciales para ambos objetivos. Por tanto y por una cuestión sistemática, la primera cuestión que ha de resolverse es, en el seno de las teorías de la prevención general, ¿se ha defendido la existencia de algún escenario en el que pueda justificarse acudir a la figura del indulto?

¹⁹¹⁴ BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, p. 182; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 253; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 59; MEINI, «La pena: función y presupuestos», p. 148; SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, pp. 10-11.

¹⁹¹⁵ SÉNECA, *L. Annaei Senecae Philosophi opera omnia*, Appud Elzevirios, Ámsterdam, 1659, De Ira, Libro I, p. 21: «*Nam, ut Plato ait, Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*».

¹⁹¹⁶ ZIMMERMANN, *Verdienst und Vergeltung*, pp. 164-165.

¹⁹¹⁷ BENTHAM, *The rationale of punishment*, p. 19.

5.3.1.1. Teorías de la prevención general negativa

Como se tuvo ocasión de advertir al analizar los argumentos dados por los detractores de la figura de indulto en el epígrafe dedicado a la historia de la institución, las grandes críticas contra ella procederían precisamente de los pensadores que defienden una teoría de la prevención general negativa, dirigida a la disuasión de los potenciales delincuentes. Estos futuribles autores habrían de temer el castigo que les pudiera ser impuesto, basándose en el efectivamente infligido a un previo autor. Como ilustrara FOX, repitiendo unas palabras pronunciadas por un juez que ejercía en el siglo XVIII: «*Serás colgado no porque hayas robado una oveja, sino para que otros no la roben*»¹⁹¹⁸. Así, BENTHAM, para quien la necesaria intimidación se verificaría con la exacción del castigo, argüiría que la prevención general se centraría en que la pena sirviera como ejemplo¹⁹¹⁹.

En aquel siglo se comenzó a advertir la necesidad de que, para alcanzar el fin disuasivo, la crueldad de las penas, la severidad de los castigos, fuera sustituida por la infalibilidad de su exacción¹⁹²⁰: las leyes, más templadas, deben ser inflexibles e inviolablemente observadas¹⁹²¹. Para el cumplimiento del objetivo de la disuasión se requería una combinación equilibrada entre la severidad del castigo y la certeza de que el castigo será impuesto. Por ello, BECCARIA, célebre detractor de la figura de indulto, sostenía la necesidad de ejecutar la pena como condición de su eficacia preventiva¹⁹²².

Como sintetiza PEÑARANDA RAMOS, una concepción preventivo-general negativa de la pena requeriría siempre su ejecución, ya que el efecto disuasorio se basaría no solo en que la potencial satisfacción pretendida fuera superior al mal que pudiera ser infligido, sino en la certeza de que el mal será ejecutado efectivamente de llevarse a cabo la transgresión. La

¹⁹¹⁸ FOX, *The English Prison and Borstal Systems: An account of the prison and Borstal systems in England and Wales after the Criminal Justice Act 1948, with a historical introduction and an examination of the principles of imprisonment as a legal punishment*, 1952, Ed. Routledge, Londres, 1998, reimpr., p. 11.

¹⁹¹⁹ BENTHAM, *The rationale of punishment*, p. 20: «*The punishment suffered by the offender presents to every one an example of what he himself will have to suffer if he is guilty of the same offence*». Así, MEINI, «La pena: función y presupuestos», p. 151.

MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 216-217, crítico con la posibilidad de que ese efecto ejemplarizante (y la consiguiente disuasión) pueda desplegarse respecto de dictadores y servir como argumento para defender un deber de punición a ultranza. Sobre las dudas que se plantean en relación al despliegue de efectos preventivos al castigar el *radical evil*, NINO, *Radical evil on trial*, pp. x, 129-133, si bien incide en el efecto educativo de los juicios en los distintos sectores de la sociedad, que abren el proceso público de deliberación.

¹⁹²⁰ ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, p. 35; BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 10.

En la praxis, MASTROBUONI/RIVERS, «Criminal Discount Factors and Deterrence», en *Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit, Discussion Paper* núm. 9769, febrero de 2016, pp. 2-32, confirman empíricamente una tasa marginal decreciente de disuasión de la duración de la sentencia, tomando como muestra a quienes fueron beneficiados por el indulto general acordado mediante la Ley núm. 241, de 31 de julio de 2006, de concesión de indulto (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale* núm. 176 de 31 de julio de 2006), en virtud del cual se liberó a un tercio de la población reclusa.

¹⁹²¹ MARAT, *Plan de législation criminelle*, pp. 37-38: «*mais il lui importe beaucoup plus que les loix soient toujours inviolablement observées*».

¹⁹²² BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, pp. 144-145.

ejecución de la pena sería, por consiguiente, un mal necesario para confirmar la seriedad de la amenaza y hacerla eficaz¹⁹²³.

Por ello, no extraña que se interpretara que todo indulto, al impedir la certeza de la ejecución, impacta negativamente en la confirmación de concreción de la amenaza, supone una promesa o esperanza de impunidad que mina y erosiona el fin disuasivo al que aquélla está dirigida¹⁹²⁴. El indulto, por consiguiente, se constituiría como el opuesto funcional que procuraría alcanzarse con la pena según las teorías de la prevención general negativa.

El empleo del indulto supondría no solo el fracaso de dicho efecto disuasivo, sino el peligro de la generación de la consiguiente sensación de impunidad que podría ser percibida –amenaza ya advertida en relación a supuestos acaecidos en nuestra realidad nacional¹⁹²⁵–, pudiendo desencadenar, en último término, un efecto perverso: la aparición de los peligrosos esquemas de venganza privada¹⁹²⁶; reacciones que parecerían replicarse esporádicamente en los Estados Unidos de América como respuesta a las muertes de afroamericanos provocadas por agentes de policía¹⁹²⁷.

En este contexto, se comprenden las posiciones defendidas por distintos pensadores, reticentes o contrarios a utilizar la figura del indulto. Ampliando a aquellos ya mencionados¹⁹²⁸, en el plano nacional, tanto LARDIZÁBAL y URIBE como RUIZ y RODRÍGUEZ advirtieron claramente el corrosivo efecto de la utilización del indulto en el fin de la disuasión que con la pena se pretendía alcanzar.

LARDIZÁBAL y URIBE, si bien decidió no proponer la exclusión del indulto y la clemencia del Príncipe¹⁹²⁹ –supongo que por su estrecha colaboración con Carlos III– destacó la necesidad de que la piedad residiera en el legislador (para que éste superara la redacción de normas crueles), la obligación de que la pena fuera irremisible y que el delito fuese infaliblemente castigado. El jurista novohispano subrayó el consiguiente peligro para la disuasión si la pena no fuera ejecutada¹⁹³⁰.

¹⁹²³ PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», p. 268.

¹⁹²⁴ RÖDER, *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, pp. 39-40, 46, 53, 59, así lo destaca, desde una perspectiva crítica con las teorías de la intimidación y de la coacción psicológica; SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», p. 101; WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 51: «Laws that are uncertain of application are laws that do not deter well»; BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, p. 33.

¹⁹²⁵ Vid. las referencias contenidas en el [apartado 4.4.6.2. El indulto otorgado por razones electorales y de cercanía](#).

¹⁹²⁶ BOURGET, «Entre amnistía e imprescriptible», pp. 53-54; CAMPAGNA, «Amnestie», p. 543, en relación con la amnistía; STRELAN/VAN PROOIJEN, «Retribution and forgiveness», p. 545.

KENNEDY, *Disuasión y prevención del delito*, p. 125: «Cuando las autoridades no despiertan confianza, no son vistas como legítimas o no son consideradas efectivas, las personas en cierta medida tomarán los asuntos en sus propias manos».

¹⁹²⁷ Fenómeno estudiado y reflejado en el Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes acerca de su misión a los Estados Unidos de América, emitido el 18 de agosto de 2016 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/HRC/33/61/Add.2); especialmente, sus puntos 20, 23, 68 y 70.

¹⁹²⁸ Vid. [sección 3.4.1. Las posiciones críticas de BECCARIA, FILANGIERI, BENTHAM y KANT](#).

¹⁹²⁹ LARDIZÁBAL y URIBE, *Discurso sobre las penas*, pp. 58-59, núm. 26.

¹⁹³⁰ LARDIZÁBAL y URIBE, *ibid.*, pp. 57-59, núm. 25 y 26, pp. 64-68, núm. 29: «Pero no bastará la prontitud en la pena, para que produzca buenos efectos, si al mismo tiempo no es irremisible, que es la otra qualidad que

Sin ser tampoco contrario a su empleo en cualquier escenario y a favor de un uso pausado y prudente, RUIZ y RODRÍGUEZ advirtió expresamente que la utilización del indulto podría «*comprometer gravemente los intereses perpetuos de la sociedad con la impunidad de los delitos, que alienta á los delincuentes y multiplica su número*»¹⁹³¹.

Estas ideas perduraron en el tiempo y serían expresadas con contundencia a principios del siglo XX por DUBOIS, alarmado por los efectos que la frecuencia de otorgamiento de indultos (y amnistías) provocaba en los principios fundamentales de la defensa social, la eficacia de las leyes¹⁹³² y la autoridad de los jueces y sus decisiones¹⁹³³. Aun cuando aceptara el empleo del indulto para corregir errores judiciales o adaptar el texto de las leyes a la realidad¹⁹³⁴, advirtió que su utilización sistemática y carácter crónico minaban el efecto disuasivo de las normas penales, haciendo penetrar en la conciencia de los delincuentes la posibilidad de eludir la ley y originando la creencia de su inutilidad en la opinión pública¹⁹³⁵. Consecuencias que, en definitiva, concretaban ese grave riesgo para la defensa de la sociedad¹⁹³⁶.

FERRI, aunque defensor de tesis próximas a la prevención especial, también propugnó la necesidad de ejecución inexorable de la sentencia y, en ese sentido, consideró expresamente al indulto como una fuerza psicológica opuesta al temor natural de la consecuencia dañosa, la pena, que debía derivarse de todo delito¹⁹³⁷. Para dicho autor, por tanto, el derecho de gracia utilizado con frecuencia desgastaba el sentido de la inevitabilidad de las sanciones penales que se había de instituir como la más eficaz de las fuerzas contra la esperanza de la impunidad¹⁹³⁸. FERRI, por tanto, admitiría un uso excepcionalísimo del indulto a los fines de evitar dicha corrosión¹⁹³⁹.

De esta forma, quedaría establecido cual principio general en el seno de las teorías de la prevención general negativa, que para que se pudiera cumplir la disuasión a la que se dirigía la

debe tener. La ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aun quando las penas sean moderadas. Por el contrario la esperanza de la impunidad es un incentivo para el delito, y hace desprestigiar aun las más rigurosas penas. Toda la indulgencia y humanidad, á que es acreedor el reo ántes de ser legítimamente convencido, debe convertirse después de su convicción en inflexibilidad y constancia para imponerle la pena establecida por la ley, sin que quede arbitrio ninguno para hacer otra cosa» (pp. 57-58); «*no es ciertamente la crueldad de las penas el mayor freno para contener los delitos, sino la infalibilidad de ellas*» (pp. 65-66).

¹⁹³¹ RUIZ y RODRÍGUEZ, *Tratado general de procedimientos criminales*, pp. xxxi-xxxvi.

¹⁹³² DUBOIS, «Los abusos de la gracia», pp. 308-309, 312.

¹⁹³³ DUBOIS, *ibid.*, pp. 308-309.

¹⁹³⁴ DUBOIS, *ibid.*, p. 309.

¹⁹³⁵ DUBOIS, *ibid.*, pp. 309-310, 312 sobre el peligro de su ejercicio abusivo: «*porque quita autoridad a las resoluciones de los Tribunales, suspendiéndolas y ataca a la esencia misma de la ley limitando habitualmente el ámbito de su imperio, haciendo penetrar en la conciencia de los delincuentes la posibilidad de eludirla, y en la opinión pública la creencia de su inutilidad (...). El perdón, metódicamente ejercido por el Poder público, va debilitando el sentimiento jurídico del País, y abriendo un camino triunfal al desprecio de la ley*» (p. 309). Si bien destaca un aspecto relevante: a diferencia de la amnistía, el indulto permite que la autoridad de los Tribunales subsista.

¹⁹³⁶ DUBOIS, *ibid.*, p. 312.

¹⁹³⁷ FERRI, *Sociologia criminale*, p. 388.

¹⁹³⁸ FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, p. 177: «*È unanime il giudizio che in Italia le amnistie ed indulti sono troppo frequenti (...) e che le grazie sono (o erano) troppo soggette alle influenze del parlamentarismo; onde per i delinquenti comuni si hanno (...) dei veri ed immeritati giubilei in ella coscienza popolare si corrode il senso della inevitabilità delle sanzioni penali, che è la più efficace contropinta alla speranza dell'impunità*».

¹⁹³⁹ FERRI, *ibid.*, p. 179.

pena, no bastaba con su previsión normativa, con la amenaza legal, sino que ésta debía ser indefectible e infaliblemente ejecutada para indicar y demostrar la seriedad de aquella advertencia recogida en las normas penales. De forma gráfica lo dejó señalado BINDING acudiendo a un conocido refrán alemán: «*Lej sin sanción sería campana sin badajo*»¹⁹⁴⁰.

Partiendo de estas premisas, el perdón, en consonancia, vendría a despojar a la pena de uno de sus principales requisitos: el de la indefectibilidad de su aplicación¹⁹⁴¹. Las nítidas palabras de FEUERBACH y FIELDING, así lo expresan.

Contundente se mostró FIELDING¹⁹⁴² al sostener en el siglo XVIII que el perdón concedido *ex mera gratia & favore* se constituía como un vínculo roto en la cadena de la justicia que restaba la concatenación y fortaleza del todo¹⁹⁴³. Según su lógica, el (frecuente) perdón hacía totalmente inútil el diseño de la ley y, por tanto, como no se atemorizaba a los sujetos aplicando el castigo, éstos delinquían en mayor medida, creándose un efecto indeseado¹⁹⁴⁴.

El padre de la teoría de la coacción psicológica también se pronunció en similar sentido. FEUERBACH asumió que, con la amenaza legal, no sería suficiente, siendo imprescindible que el mal amenazado fuese aplicado tan pronto como se determinara la ofensa. Para que la amenaza contenida en la ley fuese real debía implicar verdaderamente la imposición efectiva de un mal¹⁹⁴⁵.

Parecería confirmarse entonces que, con carácter general, existía una blindada oposición al empleo del indulto y las figuras del perdón¹⁹⁴⁶. ¿Podría contestarse negativamente la pregunta con la que se iniciaba este apartado y afirmar la inexistencia de escenarios donde el indulto pudiera justificarse de acuerdo a las teorías de la prevención general negativa?

Pues, aunque parezca contraintuitivo, la respuesta debe ser negativa. Como ya señalé al profundizar sobre el *iter* seguido por el debate histórico-filosófico del indulto, el propio

¹⁹⁴⁰ BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, pp. 191-193.

¹⁹⁴¹ DORADO MONTERO, voz «Amnistía é indulto», p. 704.

¹⁹⁴² FIELDING, *An enquiry into the causes of the late increase of robbers*, pp. 182-188.

¹⁹⁴³ FIELDING, *ibid.*, p. 185.

¹⁹⁴⁴ FIELDING, *ibid.*, pp. 187-188: «*The Terror of the Example is the only Thing proposed, and one Man is sacrificed to the preservation of Thousands. If therefore the Terror of this Example is removed (as it certainly is by frequent Pardons) the Design of the Law is rendered totally ineffectual (...). This I am confident may be asserted, that Pardons have brought many more Men to the Gallows than they have saved from it*».

¹⁹⁴⁵ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, pp. 38-40, §§ 13-18; mismo autor, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, parte 1ª, Henningsssche Buchhandlung, Erfurt, 1799, pp. 48-52: «*Aber mit dieser gesetzlichen Drohung allein ist noch nicht alles gethan. Sie bestimmt zwar die absolute rechtliche Nothwendigkeit der Strafe; aber nach dieser rechtlichen Nothwendigkeit muß auch wirklich gehandelt werden. Das in dem Gesetz gedrohte Uebel muß auch überall eintreten, sobald die Beleidigung, welche es voraussetzt, wirklich vorhanden ist. Denn die gesetzliche Drohung soll den Willen bestimmen, dieses kann sie aber nicht, wenn sie nicht eine Drohung künftiger, nicht nur rechtlich-nothwendiger, sondern auch wirklich eintretender Uebel ist. In diesem Falle wäre sie eine leere Drohung, die niemand Furcht erwecken, mithin auch nicht Triebfeder zur Bestimmung des Begehrens seyn könnte. Das Gesetz würde daher sich selbst widersprechen und so gut wie gar nicht vorhanden seyn. Damit nun also die Drohung des Gesetzes eine wirkliche Drohung sey; so muß sie, wenn der bedigte Fall eintritt, wirklich ausgeführt, das Uebel wirklich vollzogen werden*»(p. 50).

Acogiendo los postulados de FEUERBACH, ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», pp. 24-25, desde su defensa de una teoría unificadora dialéctica.

¹⁹⁴⁶ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 596; FREEMAN, *Necessary Evils*, p. 21.

FEUERBACH permitía excepciones a su oposición general. Por tanto y como se efectuara al analizar las teorías absolutas, el siguiente epígrafe se centrará en analizar en qué casos se ha justificado el empleo del indulto desde las premisas de la teoría de la prevención general negativa.

5.3.1.1.1. ¿Indulto en el seno de las teorías de la prevención general negativa?

En el seno de la investigación, se ha detectado que, en el seno de las teorías de la prevención general negativa, los argumentos sobre el empleo del indulto están centrados en demostrar en qué supuestos o bajo qué premisas dicha concesión no daña el efecto disuasorio que con la necesaria aplicación de la pena se pretende (perspectiva negativa)¹⁹⁴⁷. Este tipo de razonamientos –susceptibles de ser clasificados en cualitativos y cuantitativos– no justifica bajo qué presupuestos, positivamente, se tendría que otorgar, sino, de concederse, su inocuidad para la disuasión que se asigna a la pena.

5.3.1.1.1.1. El argumento de la inocuidad para el efecto disuasorio ante sentencias injustas

El grueso de las consideraciones, de carácter cualitativo, se basa en que ningún efecto negativo causaría a la disuasión el levantamiento, a través del indulto, de penas consideradas injustas (por una incorrecta aplicación del Derecho o por distanciarse de la praxis represiva normal, atentando contra el principio de igualdad¹⁹⁴⁸) o que sean percibidas como tales.

Si la pena infligida fuera injusta o así se apreciara por la comunidad, su concreta imposición podría reputarse innecesaria a efectos disuasivos y, por tanto, podría otorgarse el indulto sin perjudicar la finalidad que se le asigna¹⁹⁴⁹. De ser así, si ningún efecto disuasorio desplegara la imposición de esa pena, conforme a las premisas de prevención general negativa, habría de prescindirse de ella –puesto que, de lo contrario, no se estaría sino sumando un mal a otro anterior–¹⁹⁵⁰.

Se trata así de supuestos singulares en los que teóricamente se pudiera tener la certeza de que la falta de imposición del castigo no implica la comisión futura de nuevos actos delictivos¹⁹⁵¹.

¹⁹⁴⁷ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 408-409: «Somit erscheinen die generalpräventiven Erwägungen als der Hauptgrund zur Ablehnung eines Gnadengesuchs».

¹⁹⁴⁸ DIMOULIS, *ibid.*, pp. 446-452.

¹⁹⁴⁹ MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 14.

¹⁹⁵⁰ BENTHAM, *The rationale of punishment*, pp. 20-21: «General prevention ought to be the chief end of punishment, as it is its real justification. If we could consider an offence which has been committed as an isolated fact, the like of which would never recur, punishment would be useless. It would be only adding one evil to another. But when we consider that an unpunished crime leaves the path of crime open not only to the same delinquent, but also to all those who may have the same motives and opportunities for entering upon it, we perceive that the punishment inflicted on the individual becomes a source of security to all».

¹⁹⁵¹ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 80-82: «Könnte man in einem individuellen Fall absolute sicher sein, dass die Strafflosigkeit des Täters nicht zu neuen ähnlichen Straftaten führen würde bzw. dass die Strafflosigkeit des Täters keinen direkten oder indirekten Einfluss auf das Begehen einer weiteren Straftat haben wird, dann wäre es nicht angebracht, ihn zu bestrafen, da eine Abschreckung in einem solchen Fall nicht notwendig wäre. Die Bestrafung wäre in einem solchen Fall eine ungerechtfertigte Zufügung von Übel» (p. 81).

5.3.1.1.1.2. Los ámbitos de aplicación del indulto identificados por FEUERBACH y MITTERMAIER

Las razones de justificación cualitativas de la teoría de la prevención general negativa, de conformidad con los argumentos empleados por FEUERBACH¹⁹⁵² y MITTERMAIER¹⁹⁵³, permiten ser sistematizadas en dos categorías:

- (i) Los argumentos empleados en el seno de contextos de normalidad; y
- (ii) Las razones referidas a contextos extraordinarios, en los que su empleo sirve para mantener el estado jurídico contra peligros apremiantes (por ejemplo, ante conspiraciones)¹⁹⁵⁴. Escenarios que para esta investigación se han identificado con escenarios transicionales.

En contextos de normalidad, las razones cualitativas que se ensayan asumiendo las teorías de la prevención general negativa pueden ser divididas, a su vez, en tres subgrupos:

[1] En aquellos supuestos en los que, si bien la condena no puede reputarse un error judicial susceptible de revisión, suscite repulsión en la opinión pública. Como escenarios en los que se pudiera ocasionar dicha aversión, se identifican supuestos en los que la justicia material vendría a no corresponderse con la justicia legal, en el momento en que fue aplicada por el órgano enjuiciador:

- (a) Por un efecto de desacompañamiento temporal: Supuestos en que la sociedad ha sufrido una evolución que los textos normativos no han sido capaces de seguir y, por consiguiente, las leyes habrían sobrevivido, sin tener que hacerlo, al momento de su dictado¹⁹⁵⁵. Se trata de supuestos en los que la conducta ya no debiera ser considerada delito (o no debería ser tan gravemente penada¹⁹⁵⁶), pero el texto normativo no ha sido aún derogado o modificado¹⁹⁵⁷.

Este sería la justificación en la que estaría basada la Circular 1/1982, de 4 de noviembre, sobre funciones del Ministerio Fiscal en relación con las situaciones de prisión provisional, que ordenaba a los Fiscales solicitar el indulto también ante *tipos delictivos en crisis*, para evitar situaciones injustas, en atención a la desproporción que supondría su aplicación: «según una valoración social o las tendencias modernas de la jurisprudencia y la doctrina científica», «ponderando su eventual desvaloración social y la previsible racionalización de las penas».

¹⁹⁵² FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, pp. 120-121, §§ 61-63; mismo autor, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, pp. xxvii-xxviii.

¹⁹⁵³ MITTERMAIER en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 122, notas II a IV.

¹⁹⁵⁴ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 121, § 63.

¹⁹⁵⁵ BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», p. 22.

¹⁹⁵⁶ ORLANDO, *Principii di Diritto Costituzionale*, p. 220, § 287: «che lo spirito pubblico ritiene odiosa. Può, ad esempio, darsi che oramai la coscienza popolare più non creda opportuna la punizione di un dato delitto, o l'applicazione di una data pena: in tal caso, prima che l'opera legislativa abbia potuto tradurre questo sentimento in legge, è opportuno che, sia pure nel dubbio, l'esistenza di quel sentimento popolare influisca a beneficio del condannato».

¹⁹⁵⁷ FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, p. xxviii.

(b) Para cubrir aquel ámbito que no alcanza a tapar el poder judicial, dadas sus constricciones¹⁹⁵⁸, y el legislativo¹⁹⁵⁹. Son aquellos escenarios en los que, consideradas las especiales circunstancias del caso y dado el tenor literal de la ley, a la que debe someterse el órgano enjuiciador, se produzca nuevamente una asintonía entre la justicia formal y la justicia material. Esta vez no porque el texto normativo sea desproporcionado en abstracto, sino en atención a la idiosincrasia del caso que pende ante el Tribunal, que se encuentra limitado en su labor de aplicación de la norma¹⁹⁶⁰. El indulto serviría entonces para corregir el rigor convertido en crueldad del texto de la Ley, permitiendo mantener la autoridad disuasoria de la Ley ante el riesgo de que provoque repugnancia moral o indiferencia¹⁹⁶¹.

(c) Porque el dictado de la sentencia atenta contra el principio de igualdad, al separarse de la práctica represiva normal¹⁹⁶².

[2] En aquellos casos en que, si bien la sentencia de signo condenatorio no genera repulsa, su ejecución puede ser desaprobada y, por consiguiente, el otorgamiento del indulto sería inocuo para la disuasión de la pena, reconociéndose su otorgamiento, desde perspectivas cercanas a la prevención especial, como recompensa ante un buen comportamiento del condenado¹⁹⁶³.

[3] Para incentivar la colaboración con la justicia, prometiendo impunidad para el caso de que un sujeto, perteneciente a una banda (por ejemplo, de ladrones) o participe de una acción colectiva (como una conspiración), delatase a sus compañeros¹⁹⁶⁴.

En contextos excepcionales, FEUERBACH defiende acudir a la figura del indulto cuando, en ellos, no se tuviera la certeza de que los medios ordinarios pudieran ser capaces de auxiliar a la resolución de estas situaciones¹⁹⁶⁵.

¹⁹⁵⁸ FEUERBACH, *ibid.*, pp. xxvii-xxix.

¹⁹⁵⁹ MITTERMAIER en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 122.

¹⁹⁶⁰ FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, pp. xxvii-xxix. ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», p. 9, nota 1, a pesar de declararse defensor de su sustitución por la figura del perdón judicial, también considera el indulto como un «*mal menor para resolver los conflictos entre la norma general y el caso especialísimo*» que tendrá que subsistir «*mientras no perdone el juez*».

¹⁹⁶¹ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 121, § 63.

Convergente, ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 19-20, advierte de la existencia de determinados escenarios en los que no existiría dañosidad social, relacionados con delitos cometidos en condiciones de emergencia (calamidad natural, tensiones sociales o crisis económicas). Si bien ZAGREBELSKY apunta a que cuando existe un uso reiterado para supuestos análogos, debe adecuarse la legislación penal a las nuevas exigencias sociales.

¹⁹⁶² DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 446-452; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 21.

¹⁹⁶³ MITTERMAIER en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 122, nota IV: «*Die Begnadigung hat noch einen wichtigen Zusammenhang mit dem Penitentiarsystem, insofern 1) die Einrichtung besteht, dass Der, welcher eine gewisse Zeit hindurch seine Strafe erstanden hat, die Befugnis gesetzlich erhält, wegen seiner bewiesenen guten Aufführung die Erlassung des Rests der Strafzeit zu fordern (...); 2) insofern überhaupt die Begnadigung als ein Besserungsmittel angewendet wird, um die Sträflinge zu einem besseren Betragen zu bestimmen und sie zu belohnen*».

¹⁹⁶⁴ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 121, § 63. En este sentido, también ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 17.

¹⁹⁶⁵ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 121, § 63.

El segundo subgrupo de justificaciones está centrado en un elemento cuantitativo. Dado el carácter excepcional que debe tener la práctica del indulto y su irrelevancia en términos relativos en proporción al total de penas íntegramente cumplidas, su otorgamiento no tendría el suficiente alcance como para alentar la impunidad¹⁹⁶⁶. Por tanto, dada la excepcionalidad en su empleo, la concesión del indulto no afectaría negativamente a los fines de disuasión a los que está dirigida la pena.

Sin embargo, y a pesar del efectivo estudio que se ha efectuado sobre ellos, este tipo de argumentos rayan, para esta investigación, en la futilidad, dado que no explican positivamente qué motivos o razones justifican acudir al indulto bajo las premisas de la prevención general negativa (perspectiva positiva), al centrarse exclusivamente en fundamentar el nulo o nimio agravio en la prevención general negativa de un indulto concedido. Ello resulta de la propia esencia del indulto y de su relación con la disuasión. Se representa como una *contraditio in terminis* en el seno de las teorías de la prevención general negativa pretender obtener a través del indulto el efecto, disuasorio, que debe perseguirse con la ejecución de la pena.

5.3.1.1.2. Conclusiones y contraste de premisas de partida

De cuanto ha sido investigado, y aunque se representara inicialmente cual oxímoron, puede afirmarse que en el seno de las teorías de la prevención general negativa sí que se han definido espacios en los que se ha permitido la utilización del indulto sin que representara un perjuicio o deterioro para los fines de la pena que se asignan por parte de dichas construcciones doctrinales.

Establecida esta primera conclusión, la investigación ha verificado que:

(i) En escenarios excepcionales, las teorías de la prevención general negativa permiten de forma expresa acudir a la figura del indulto, cuando, para superarlos, se pueda esperar que los medios ordinarios no vayan a funcionar.

(ii) Sin embargo, como el propio FEUERBACH llegara a señalar¹⁹⁶⁷, las soluciones en el seno de escenarios de normalidad podrían llegar a encontrarse en otros mecanismos ordinarios del sistema penal.

Si el texto de la ley ha quedado obsoleto y no es posible una interpretación conforme a la nueva realidad¹⁹⁶⁸, nada impide su reforma (y la consiguiente revisión de las sentencias dictadas antes de la aprobación de tal modificación), tanto para adaptar la consideración social respecto de la norma de comportamiento –considerando atípica una conducta que ya no se quiere continuar considerando como delito–, como para adecuar, minorándolo, el *quantum* de la pena que se querría imponer a un delito en concreto¹⁹⁶⁹. Con ello se permite la revisión de

¹⁹⁶⁶ ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», pp. 96-97, defiende que el indulto no alienta la impunidad porque solo en un 3 o 4 % se otorga una conmutación o remisión de pena, aun atendidas las circunstancias del hecho y de la persona.

¹⁹⁶⁷ FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, pp. xxvii-xxix.

¹⁹⁶⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, pp. 46-51.

¹⁹⁶⁹ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 43, apunta sobre el particular: «uno de los peligros de utilización del instituto, porque, en ocasiones, cuando un determinado tipo penal pierde valor social, en vez de suprimirlo, se sigue utilizando la clemencia con una finalidad específicamente demagógica del poder».

las sentencias dictadas con el anterior régimen más gravoso. Es por ello que BACIGALUPO ZAPATER concluye que el recurso al indulto dirigido a templar la desproporción de las penas de un Derecho positivo arcaico, carece ya de relevancia dado que, a partir del siglo XIX, «*las penas conminadas ya no divergían de la conciencia jurídica de su tiempo*»¹⁹⁷⁰ (**vid. sección 4.3.4.**).

Si de lo que se trata es de ajustar el ideal de justicia material a un supuesto concreto que presenta circunstancias particulares, para solucionar un déficit de individualización al aplicar la norma, el propio FEUERBACH admite la posibilidad de defender una alternativa en la que se acepte que el órgano enjuiciador sea capaz de solventar dicho desajuste a través de la interpretación y aplicación de la norma. En último término, según dicho autor¹⁹⁷¹ y conforme a las tesis defendidas por MITTERMAIER¹⁹⁷², la solución también podría pasar por la reforma del texto legal; modificación que parecería en estos supuestos necesaria para salvar aquel desajuste entre la justicia material y la legal. En último término, habría de adicionarse la posibilidad de que el órgano enjuiciador plantease una cuestión de inconstitucionalidad para permitir el dictado de una sentencia que no fuera percibida como cruel o injusta (**vid. bloque 4.3.2.**).

Si la institución del indulto se defendiera, siguiendo las propuestas de las teorías de la prevención general negativa, para la resolución de una falta de igualdad en las sentencias dictadas, debe rechazarse su empleo a favor de la oportuna demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional. Sería este órgano el que solventaría la vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho fundamental a la libertad (*ex arts. 41 ss. LOTC*).

Aunque el propio MITTERMAIER ya preanunciaba la controversia y dificultades de acudir a la figura del indulto en atención a esta concreta justificación¹⁹⁷³, si lo que se pretende es reconocer una recompensa para los condenados, a los efectos de que les sirva de incentivo para una salida temprana de prisión, otras instituciones han superado sobradamente su empleo. El propio MITTERMAIER no descartó acudir a la institución de la sentencia indeterminada como mecanismo para valorar no solo la necesaria reparación del delito y la protección de la sociedad, sino la reforma del autor¹⁹⁷⁴. Por tanto, el recurso al indulto queda desplazado por el actual régimen penitenciario gradual (incluyéndose la figura de la libertad condicional) y el beneficio penitenciario de adelantamiento de la libertad condicional (**vid. sección 4.4.1.**).

¹⁹⁷⁰ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», pp. 20-21.

¹⁹⁷¹ FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, pp. xxvii-xxix: «*Aber man hat es anders gewollt, man hat dem Richter selbst dieses Recht ertheilt und eine Theorie ersonnen, welche dieses Ausdehnung der richterlichen Gewalt mit der Autorität der Gesetze und den Pflichten des Richters vereinigt, aber so scharfsinnig sie auch ist, nicht nur der Wahrheit gänzlich zu widersprechen, sondern auch die Frucht einer künftigen bestimmten Strafgesetzgebung in ihrem Keimen zu zerstören scheint.*»

¹⁹⁷² MITTERMAIER en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, p. 122.

¹⁹⁷³ MITTERMAIER en FEUERBACH, *ibid.*, p. 122, nota IV.

¹⁹⁷⁴ MITTERMAIER, «Dr. Mittermaier on the Indeterminate Sentence», en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 3, núm. 2, julio de 1912, pp. 303-305, defensor de la sentencia indeterminada, destaca la necesidad de analizar el comportamiento del autor durante la ejecución de la sentencia, a los fines, incluso, de fijar la necesaria reparación del delito.

Por último y como apuntara BACIGALUPO ZAPATER¹⁹⁷⁵, el recurso del indulto para incentivar la colaboración con la justicia se habría visto sustituido con la previsión normativa expresa en tal sentido, por lo que la figura del indulto habría devenido, también en este punto, superflua (vid. apartado 4.4.1.).

| Justificación del empleo del indulto por las teorías de prevención general negativa | Institución que reemplaza o supera el empleo del indulto |
|--|--|
| Norma de comportamiento ya no debería ser objeto de sanción penal | Reforma legal (transformar en atípica) y revisión de sentencias dictadas |
| Sanción excesiva / Proporcionalidad: <ul style="list-style-type: none"> - Norma en abstracto - Desajuste al caso concreto (individualización en la aplicación) | <ul style="list-style-type: none"> - Reforma legal y revisión de sentencias dictadas - Individualización de la pena por el aplicador - Modificación de las normas penales - Cuestión de inconstitucionalidad |
| Falta de igualdad de las sentencias | Demanda de amparo |
| Recompensa como incentivo para estimular la buena conducta del condenado | Regulación penitenciaria (buena conducta) Régimen penitenciario gradual (libertad condicional) Beneficio penitenciario (adelantamiento de la libertad condicional) |
| Incentivo de colaboración con la justicia | Previsión normativa expresa |

En conclusión, el anterior proceso de identificación y comparación, permite, también en relación con las teorías de la prevención general negativa, confirmar nuestra tesis. En un escenario normal, los argumentos que se proporcionaban para acudir al indulto se han superado por instituciones más ajustadas, que ofrecen más garantías y producen menos disfunciones en un Estado de Derecho. En escenarios de transición, por el contrario, el indulto puede ser considerado un eventual instrumento a emplear.

5.3.1.2. Teorías de la prevención general positiva

Las teorías de la prevención general positiva abogan por la prevención de delitos a través de la afirmación del derecho. Dentro de dichas teorías se diferencian dos corrientes: quienes asumen la prevención desde una perspectiva integradora, para las que la pena sirve para integrar a la sociedad al favorecer la confianza de la colectividad y fomentar el respeto hacia el Derecho¹⁹⁷⁶; y los postulados estabilizadores o de ejercicio en el reconocimiento de la norma, para los cuales la pena restablece la vigencia de la norma cuestionada al cometerse el delito,

¹⁹⁷⁵ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 23.

¹⁹⁷⁶ También en Derecho penal internacional. A este respecto, JAPIASSU/SOUZA, «Justiça de transição e os fins da pena», p. 215: «*também deve ser dito que os tribunais não parecem compreender a punição como uma pura demanda da comunidade internacional para a vingança, mas sim como uma expressão de sua determinação de não deixar esses crimes impunes e a necessidade de restaurar a confiança pública na integridade do administração de justiça, inserindo essa discussão no contexto mais amplo da luta internacional contra a impunidade, da busca de justiça e de paz para a comunidade internacional como um todo*».

ejercita la confianza hacia la norma y permite proteger las condiciones de la interacción social (de lo que se deriva su función preventiva)¹⁹⁷⁷.

Como preliminarmente apuntase MAURER, pareciera que, partiendo de los postulados de las teorías de la prevención general positiva del primer subgrupo, la concesión de indultos reiterados no sería sino un mecanismo en virtud del cual se mina la conciencia de la comunidad sobre el carácter irrevocable de las penas lo que, en último término, perjudica el sentimiento de seguridad y de justicia¹⁹⁷⁸.

Para el segundo subgrupo, en el que destacan las construcciones de JAKOBS, la reacción frente a la conducta (delictiva) contraria a la norma (penal), pretende salvaguardar la vigencia de aquella norma transgredida por la mentada comisión, respecto de todos los miembros de la sociedad¹⁹⁷⁹. A la pena, como elemento de expresión de reproche y desaprobación que confirma la vigencia de la norma quebrantada¹⁹⁸⁰, se le asigna una definición positiva¹⁹⁸¹, traducida en esa estabilización de la norma lesionada¹⁹⁸². Dicha reacción al conflicto generado por la comisión de un delito debe ser materializada para conseguir predicar su efectividad¹⁹⁸³. Por consiguiente, podría preliminarmente deducirse, conforme ya concluyese SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, que la figura del indulto pudiera afectar negativamente a la consecución de los fines asignados a la pena bajo estas premisas¹⁹⁸⁴.

Parecería que, según JAKOBS y a pesar de no ser una posición pacífica¹⁹⁸⁵, la estabilización de las expectativas normativas defraudadas no podría limitarse a una simple expresión de

¹⁹⁷⁷ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 13-14; MEINI, «La pena: función y presupuestos», p. 152.

¹⁹⁷⁸ MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 192-193.

¹⁹⁷⁹ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 5.

¹⁹⁸⁰ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 68-69.

¹⁹⁸¹ SCHILD, «Strafe – Vergeltung oder Gnade?», pp. 367-368.

¹⁹⁸² JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 6, 9-10: «Strafe muß positiv definiert werden: Sie ist Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen. Dabei springt ein Übel heraus, aber die Strafe hat nicht schon bei diesem Effekt ihre Aufgabe erfüllt, sondern erst mit der Stabilisierung der verletzten Norm» (p. 6).

¹⁹⁸³ JAKOBS, *ibid.*, p. 9: «die Strafe als Reaktion in dem Konflikt zu verstehen ist: Sie darf –wie der Normbruch– nicht als ein nur-äußerliches Ereignis beurteilt werden (...), sondern auch die Strafe bedeutet etwas, scil. daß die Bedeutung des normbrechenden Verhaltens unmaßgeblich und die Norm nach wie vor maßgeblich ist. Es wird demonstriert, daß der Täter nicht richtig organisiert hat: Man nimmt ihm Organisationsmittel weg. Dieser auf Kosten des Täters vollzogene Widerspruch gegen den Normbruch ist die Strafe».

¹⁹⁸⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 7: «La institución del indulto puede que afecte a la restauración de la vigencia de la norma: la norma, tras la comisión del delito, se estabiliza habitualmente mediante la pena (la negación hegeliana de la negación que es el delito), y toda clemencia irrumpe 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».

¹⁹⁸⁵ Críticos, GÜNTHER, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en PRITTWITZ/BAURMANN et al. (Coords.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 219; SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del

desaprobación o censura, al dictado de una resolución condenatoria en tal sentido; sino que tendría que conllevar consigo la ejecución de la pena contenida en ella¹⁹⁸⁶. Bajo el presupuesto de que la pena, como proceso de comunicación, es la confirmación de la configuración de la sociedad, ésta requeriría de su ejecución¹⁹⁸⁷.

La expresión simbólica del grave desvalor ocasionado¹⁹⁸⁸, que llega a distinguir el castigo de otro tipo de sanciones¹⁹⁸⁹, concretada en la constatación del hecho delictivo contenido en la norma penal, no puede desatender que dicha norma también anuncia el mal que debe infligirse a quien la transgrede¹⁹⁹⁰: su dimensión preventiva¹⁹⁹¹.

Por consiguiente, la función expresiva debe ser acompañada de la conminación e imposición de la pena (en el mundo exterior) para garantizar la vigencia de las normas protectoras de bienes jurídicos esenciales, de la ejecución del contenido dispositivo. No es suficiente con que, finalizado el juicio y dictada la resolución pertinente, se advirtiera en el seno de la comunidad (como resultado de la publicidad de la sentencia) que, cuando se comete una conducta tipificada como delito, ésta es investigada, enjuiciada, se anuda a ella una consecuencia jurídica prevista previamente en la ley, un castigo que debe infligirse al responsable que se identifica y al que se reprueba expresamente su actuación. JAKOBS es claro al concluir expresamente que: «*La pena margina el significado del hecho. En cuanto marginación de un contraproyecto ejecutado, también la pena debe ser ejecutada: ocurre como violencia*»¹⁹⁹².

delito y reducción de la violencia», pp. 34-36: «*el padecimiento del proceso y la declaración, en su caso, condenatoria con la que éste finalice pueden ser suficientes para alcanzar los fines de prevención pretendidos con un recurso limitado a la violencia*».

¹⁹⁸⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», en Indret, núm. 2, abril de 2008, pp. 15-18, defiende el concepto de dolor penal como, al menos en parte, un constructo comunicativo. Para dicho autor, el dolor en sí mismo carece de relevancia; lo esencial será la comunicación normativa sobre ese dolor. Ello explica, según GÓMEZ-JARA DÍEZ, la evolución de la pena y su distanciamiento con el dolor físico dado que éste no sería finalidad sino significado, permaneciendo en el concepto de pena mientras contribuya normativamente a la autocomprensión de la sociedad moderna.

¹⁹⁸⁷ JAKOBS, «Sobre la teoría de la pena», trad. por CANCIO MELIÁ, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, núm. 8-A, 1998, p. 51.

¹⁹⁸⁸ FEINBERG, «The expressive function of punishment», pp. 404-408, 420, llega a distinguir entre cuatro funciones expresivas de la condena social: el contenido de la negación autoritaria, la no aquiescencia simbólica, la defensa de la ley y la absolución de otros.

¹⁹⁸⁹ FEINBERG, *ibid.*, pp. 398-400, diferencia el castigo (*punishment*) de otro tipo de sanciones (*penalties*) por esa función expresiva, por el significado simbólico que tiene el castigo frente a ese otro tipo de sanciones.

¹⁹⁹⁰ JAKOBS, *La pena estatal*, pp. 135, 148-149, defiende que el dolor penal, símbolo de contradicción, supone una coacción dirigida contra el delincuente que demuestra que su uso de la libertad no puede sentar precedente y, en esta medida, concluye que la prevención general negativa (junto con otros elementos) se halla contenida en la positiva.

¹⁹⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», p. 36, destaca que si bien para la estabilización de la norma sería suficiente con la declaración verbal (o cualquier otro mecanismo expresivo carente de dimensión aflictiva): «*la aflicción efectiva, el sufrimiento o "dolor penal" adicional a la declaración de culpabilidad parecen formar parte de cualquier teoría preventiva*».

¹⁹⁹² JAKOBS, «Sobre la teoría de la pena», p. 52; mismo autor, *Sobre la teoría de la pena*, pp. 22-25, 34. Conforme apunta PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», p. 277: «*Jakobs se ha pronunciado específicamente sobre esta cuestión y, sin separarse por lo demás de su teoría de la prevención general positiva, reconoce ahora que el "dolor" constituye una dimensión de la pena imprescindible para que ésa se halle en condiciones de cumplir su función de reparar el "daño intelectual" que el delito puede causar en la "vigencia real" del Derecho*». También, MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 72.

Esta tesis sostiene que el fin de la pena como mensaje comunicativo que expresa, mediante la imposición de un castigo, que la sociedad sigue confiando en la norma vulnerada, no se satisface con el dictado de la sentencia condenatoria (fallo condenatorio como mensaje comunicativo que constituye una contradicción del delito¹⁹⁹³ y, recordemos, prerequisite de todo indulto particular) sino que se exige la ejecución del castigo, infligir dolor¹⁹⁹⁴.

Cuestión discutida sería el límite de la pena, de ese dolor penal. SILVA SÁNCHEZ, advierte de la imposibilidad de imponer una pena que, siendo necesaria para intimidar a otros, se manifieste como excesiva de acuerdo con el daño producido al autor al que se le impone¹⁹⁹⁵.

El hecho de infligir dolor penal, como elemento definitorio¹⁹⁹⁶, se instituye como símbolo de una contradicción¹⁹⁹⁷; al penar, el ataque del delincuente se rechaza, la tendencia lesiva se suprime y la norma sigue siendo real, está en vigor¹⁹⁹⁸.

De esta forma, como clarifica MAÑALICH, con la irrogación del mal, del castigo, se expresa el reproche merecido (la condena merecida¹⁹⁹⁹) –la punición es la institucionalización de la expresión de esa desaprobación– y no a través de una declaración, como el dictado de la sentencia o la determinación de la culpabilidad del sujeto, que no sería expresión de aquel reproche, sino requisito procedimental de comprobación de su merecimiento. Por ello, se concluye que «*la sanción penal es la pena y la pena es pena ejecutada*»²⁰⁰⁰. Cuestión distinta son las posibles críticas que podrían enfrentarse a dicho planteamiento, analizadas en el siguiente epígrafe, sobre la potencial suficiencia, en determinadas ocasiones, de la declaración judicial de comisión del delito (condición del indulto particular), para contrarrestar comunicativamente el delito.

En los últimos tiempos, como advirtiera FEIJOO SÁNCHEZ, estos argumentos de prevención general positiva y la necesidad de infligir un castigo, un dolor penal al autor, han servido para construir teorías viradas hacia la figura de la víctima del delito. En ellas, algunos autores abogan por la necesidad de que la víctima, a través de la ejecución de la pena al autor del hecho delictivo, sea resocializada –«*la víctima necesitaría que su victimario sufra con la*

¹⁹⁹³ JAKOBS, *La pena estatal*, p. 135.

¹⁹⁹⁴ JAKOBS, *ibid.*, pp. 129-143: «*por qué la contradicción del delito debe producirse precisamente infligiendo dolor: el dolor sirve para la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma, éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente en su significado*».

¹⁹⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 16-17; mismo autor, «Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs”, en *Indret*, núm. 4, octubre de 2006, pp. 4-5.

¹⁹⁹⁶ FEINBERG, «The expressive function of punishment», p. 397.

¹⁹⁹⁷ JAKOBS, *La pena estatal*, p. 135.

¹⁹⁹⁸ JAKOBS, *ibid.*, p. 138.

¹⁹⁹⁹ FEINBERG, «The expressive function of punishment», pp. 401-404, al considerar la condena social como ingrediente esencial del castigo en cuanto expresa la desaprobación, el juicio de la comunidad hacia al autor de que su conducta estuvo mal, incidiendo en la necesidad de considerarlo como una *condena*, mejor que vincularlo con el *resentimiento* o con una *reprobación*.

²⁰⁰⁰ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 81-83, 181-182, advierte que, dicha conclusión: «*no excluye, ciertamente, la posibilidad de que una declaración de culpabilidad pudiera, bajo ciertas condiciones, expresar adecuadamente un reproche punitivo. Lo que habría que reconocer, sin embargo, es que, bajo tales condiciones, esa declaración ya tendría que contar como la irrogación de un mal*» (p. 83).

*imposición de una pena para poder superar el conflicto y no vivir la actuación del Estado como un escarnio al entender que su sufrimiento no ha sido tomado en serio»*²⁰⁰¹; o, como defendiera FLETCHER, el castigo serviría para negar la situación de dominación que el autor ejerció sobre la víctima al cometer el delito y reequilibrar la posición de esta última²⁰⁰². La norma no queda estabilizada, según dichas teorías, si la víctima no obtuviera un trato que se percibiera intersubjetivamente como justo o si no obtuviera un reconocimiento adecuado de su situación²⁰⁰³, mediante el que se restableciera su posición originaria²⁰⁰⁴.

Una versión matizada de estas teorías es la propuesta formulada ya en 1990 por BRAITHWAITE y PETTIT. Para lo que a esta investigación interesa, estas teorías se fundamentan en dos principios básicos: en el componente de reproche y reprobación de la sentencia como mecanismo de educación moral (objetivo primario)²⁰⁰⁵ y la reintegración social, como símbolo del daño causado que expresa, con su contenido, que el delito fue cometido²⁰⁰⁶. En relación con el primero de los principios basales, los autores definen la reprobación como *estructural*. La vergüenza del castigo implica socialización (advirtiendo que el delito es algo malo, de lo que hay que avergonzarse; y que es una actividad desaprobada por la sociedad). Para ellos, el valor expresivo de la respuesta ante un delito, a través de la reprobación del delincuente, superando la visión coercitiva de imposición de las penas, es más beneficiosa y protege mejor la libertad²⁰⁰⁷. La reprobación deriva en la necesidad de reintegrar socialmente (a autor y víctima). Con su exacción se proporciona una guía a la comunidad sobre los distintos tipos de severidad en el crimen, en función de los distintos tipos de castigo que son impuestos, trasladándose un mensaje de cuánta severidad merece cada delito²⁰⁰⁸. Por ello, para muchos delitos, según BRAITHWAITE y PETTIT, la restitución o compensación a la víctima, considerando los inconvenientes y angustia sufrida, podría ser la respuesta adecuada²⁰⁰⁹. El sistema debe entonces estar dirigido a conseguir la reintegración del pleno dominio (en el sentido de autodeterminación) de víctimas y autores. Lo más importante en este análisis es la figura de la víctima que, como consecuencia del delito, ha quedado devaluada como persona. Con la comisión del ilícito se habría recibido el mensaje de que es indigna de ejercer sus

²⁰⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, pp. 309-311, 316, advierte, en todo caso, que: «Una pena graduada exclusivamente en función del sufrimiento o de lo necesario para que la víctima supere su trauma o la situación en que se encuentra por el delito, sería socialmente insoportable, en unos casos por exceso, si se utilizan los mecanismos estatales como meros instrumentos de venganza privada, y, en otras ocasiones, por defecto, en la medida en que la solución sea insuficiente para estabilizar la norma». Vid. SILVA SÁNCHEZ, p. 50, sobre estas teorías de resocialización de la víctima.

²⁰⁰² FLETCHER, «The place of victims in the theory of retribution», pp. 57-59, 63. Acogiendo expresamente esta postura, LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 508: «Creo, con Fletcher, que la imposición de la pena cumple, entre otras funciones, la de expresar la solidaridad con la víctima y corregir la situación de desigualdad que se ha producido con el delito. Así, si la conducta criminal establece una supremacía del delincuente sobre la víctima o su familia, la pena contraataca esta dominación y pone al delincuente en la situación de la víctima, a la vez que expresa su solidaridad con ésta. Si la pena no se cumple, la víctima se siente sola y traicionada por el sistema y todos somos cómplices del mantenimiento de la situación de supremacía del delincuente sobre ella». En contra, M. MOORE, «Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher», pp. 81-84; o GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», pp. 22-26.

²⁰⁰³ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, p. 311.

²⁰⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 53.

²⁰⁰⁵ BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just deserts*, p. 126.

²⁰⁰⁶ BRAITHWAITE/PETTIT, *ibid.*, pp. 127, 103.

²⁰⁰⁷ BRAITHWAITE/PETTIT, *ibid.*, pp. 88-90.

²⁰⁰⁸ BRAITHWAITE/PETTIT, *ibid.*, pp. 127-128.

²⁰⁰⁹ BRAITHWAITE/PETTIT, *ibid.*, p. 129.

derechos sin interferencias, sufriendo un sentimiento de transgresión. Su dominio, esa autodeterminación, podría restablecerse de muchas formas. No obstante, para BRAITHWAITE y PETTIT, lo más efectivo es que la comunidad actúe simbólicamente y tangiblemente asegurando a la víctima que no ha sido devaluada como persona. Desde el plano simbólico, esta restauración debe satisfacerse con la condena del crimen y reprochando la conducta al criminal; y desde el plano tangible, y de ahí el matiz, dichos autores señalan la necesidad de que la víctima sea restituida o compensada por el crimen²⁰¹⁰, a los fines de que, quienes sufrieron perjuicio, recuperen su completo dominio²⁰¹¹. Adviértase que no señalan la necesidad de que se inflija un castigo efectivo en la persona del autor. BRAITHWAITE y PETTIT son claros al afirmar que la respuesta simbólica requiere positivamente un aspecto tangible. De lo contrario, deducen, delinquir sería demasiado «barato». Por ello es necesario el componente compensatorio, para asegurar a la víctima que ella y su dominio son valorados. Por esta razón, el aspecto tangible de la restauración de la víctima debe ser satisfecho por aquella persona que le negó el respeto por su dominio: el autor del hecho. Pero, continúan argumentando, si ello no fuera posible, entonces la comunidad debe asumir dicha compensación. De este modo, existe una justificación secundaria, dirigida a la seguridad de los miembros de la comunidad, quienes perciben que, si ellos fueran víctimas en un futuro, serán reparados. La intención de BRAITHWAITE y PETTIT es evitar que se prefiera ser víctima de un catástrofe natural (en la que toda la comunidad auxilia) en vez de víctima de un delito²⁰¹².

Como destaca críticamente SILVA SÁNCHEZ, estas *doctrinas contra la impunidad* o teorías de Derecho penal orientadas a las víctimas –en las que se llega a acoger y construir un derecho absoluto de la víctima al castigo efectivo del autor²⁰¹³– podrían llegar a superar los principios en los que se basan las teorías de la prevención general positiva clásica, asumiendo una visión presente²⁰¹⁴ (y ya no futura) que las alejaría de cualquier consideración preventiva²⁰¹⁵. En su seno se llega a defender que la declaración institucional, objetiva y pública del reproche dirigido al autor, en el que simultáneamente el afectado por su acción se reconociese como víctima como mecanismo de restablecimiento de su dignidad e igualdad²⁰¹⁶, no son suficientes. Se requiere ya no solo la restitución o compensación de los inconvenientes y angustia sufrida²⁰¹⁷, sino la aflicción de daño al autor por el especial valor expresivo que dicho padecimiento puede tener para el restablecimiento de la posición originaria de la víctima²⁰¹⁸.

²⁰¹⁰ BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just deserts*, p. 91.

²⁰¹¹ BRAITHWAITE/PETTIT, *ibid.*, pp. 203-204.

²⁰¹² BRAITHWAITE/PETTIT, *ibid.*, pp. 91-92.

²⁰¹³ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 47, destaca el rechazo, en el seno de dichas teorías, de cualquier institución que redunde en la extinción de responsabilidad penal o renuncia a la ejecución de la pena (como efectivo cumplimiento). *Vid. apartado 2.2.1. Definición de amnistía y su alcance.*

²⁰¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 53, las sistematiza como restaurativas, equilibrantes o igualadoras.

GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», p. 16, destaca este criterio para considerar que tampoco encajarían en las teorías de la retribución en sentido clásico.

²⁰¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 51: «*Quienes exigen el castigo efectivo del autor como elemento necesario de un Derecho penal orientado a la víctima sí pueden hablar abiertamente de un “derecho de la víctima al castigo del autor”. En efecto, están afirmando que el castigo efectivo se legitima aunque no existan razones preventivas para imponerlo.*».

²⁰¹⁶ CANÇADO TRINDADE, «Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal», p. 25, sí reconoce la petición de perdón del autor como contribución a la dignificación de las víctimas.

²⁰¹⁷ BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just deserts*, p. 129.

²⁰¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 45.

Para SILVA SÁNCHEZ, resulta difícil no advertir que estas construcciones podrían simplemente encubrir postulados regresivos a la justicia taliónica propia de un retribucionismo obligatorio²⁰¹⁹, basados en el puro deseo de venganza²⁰²⁰.

GIL GIL recientemente ha propuesto efectuar una relectura del constructo *venganza*, para eliminar las connotaciones negativas que a él se asocian. Su proposición se dirige a poner de manifiesto su efecto preventivo, considerada la disuasión articulada a través de la reciprocidad de las expectativas de represalias²⁰²¹.

Pareciera nuevamente *prima facie* que, en el seno de las teorías de la prevención general positiva, desde las teorías integradoras hasta las que asumen el giro victimológico, no se permite acomodo para la figura del indulto. Sin embargo, el propio JAKOBS y autores que abogan por las fundamentaciones idealistas de la pena en el seno de aquellas construcciones reconocen la posibilidad de acudir a dicha institución. En este sentido, es destacable que SILVA SÁNCHEZ haya apuntado a que «*la prevención general positiva sea seguramente el fundamento del perdón en Derecho penal*»²⁰²². Pero, ¿en qué supuestos y bajo qué requisitos?

5.3.1.2.1. ¿Indulto en el seno de las teorías de la prevención general positiva?

Por cuestiones sistemáticas y en atención al haz de argumentos empleados en el seno de las teorías de la prevención general positiva, clasificaré éstos en razonamientos meramente cuantitativos y cualitativos.

5.3.1.2.1.1. Argumentos cuantitativos en el seno de las teorías de la prevención general positiva

En relación al primero de los argumentos y como ya se expusiera en relación con las teorías de la prevención general negativa, parece que de la posición de MAURER se podría fácilmente deducir que si el número de concesiones fuera limitado, no se corroe la conciencia de la comunidad sobre el carácter irrevocable de la pena y, por consiguiente, un número prudente de otorgamientos no perjudica el sentimiento de seguridad y de justicia²⁰²³. Esta postura converge con los postulados enunciados por PACHECO quien, defensor de la institución del indulto, sostiene que la prevención anudada a las penas queda intacta ante su concesión, dado

BUESA BLANCO, «Víctimas del terrorismo y política del perdón», pp. 9, 18, partiendo de esta idea, incide en el cuadrado formado por la dignidad de la víctima, la memoria, la verdad y la justicia.

²⁰¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», pp. 48-49.

²⁰²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, pp. 45, 49-50, 53; M. MOORE, «Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher», pp. 75-76. En contra, FLETCHER, «The place of victims in the theory of retribution», p. 52.

GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», pp. 2-3, 27-31, para proponer la desdemonización de la venganza. Sin embargo, cfr. TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, pp. 52-59.

Dicha corriente sería compatible con aquella que, desde la perspectiva de Derecho internacional, anatematiza la figura de la amnistía, detectada por MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 221.

Al respecto, STRELAN/VAN PROOIJEN, «Retribution and forgiveness», pp. 548-551, demuestran cómo la motivación basada en la venganza suprime los efectos del perdón: «*The revenge motive suppresses the effect of punishment on forgiveness*» (p. 550).

²⁰²¹ GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», pp. 27-31.

²⁰²² SILVA SÁNCHEZ, «De nuevo, el perdón», pp. 1-2.

²⁰²³ MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 192-193. También, BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, p. 31.

que aquél vendría a representarse como «*un hecho excepcional, raro, [que] acompañado de circunstancias especiales no destruye el efecto natural de las leyes*»²⁰²⁴.

Sin embargo, dicho razonamiento, que viene replicándose en el seno de cada una de las teorías, no explicita bajo qué presupuestos ha de permitirse acudir a la figura del indulto. Para ello se tiene que descender a los argumentos cualitativos.

5.3.1.2.1.2. Los ámbitos de aplicación del indulto identificados por JAKOBS

Por coherencia metodológica y en atención a las construcciones manejadas por el propio JAKOBS, se dividirán nuevamente las razones para las que las teorías de prevención general positiva prevén la concesión de indultos en función del escenario; asumiendo la división entre escenarios excepcionales y escenarios de normalidad.

En escenarios excepcionales, el propio JAKOBS determina la posibilidad de utilización del indulto como remedio práctico, como solución a dichas situaciones. Como advierte de forma preambular en la parte general de su Tratado de Derecho penal, el contenido y la función de la pena no se pueden configurar con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. En concreto, dicho autor especifica que podrá mutar dicha comprensión cuando se trate de un estado de guerra o cuando sea necesario para lograr la paz interna a largo plazo²⁰²⁵. Al tratar específicamente la figura del indulto y como ya se anticipó²⁰²⁶, JAKOBS asume como acertadas las tesis de KÖHLER referidas específicamente a su empleo como un mecanismo en virtud del cual se pudiera flexibilizar la aplicación estricta de la ejecución de la pena para conseguir la reconstrucción estatal, en el marco de la consecución de la paz interna en entornos críticos²⁰²⁷.

En escenarios de normalidad, el propio JAKOBS también considera positivamente la posibilidad de utilizar el mecanismo de indulto, asumiéndolo no como equivalente funcional de la pena –supongo que porque en el seno de su teoría habría de deducirse la imposibilidad de equiparar el no-dolor/no-reacción al dolor penal/reacción²⁰²⁸–, sino dentro de los obstáculos a la pena materiales o complejos (*materiellrechtliche oder komplexe Bestrafunshindernissen*)²⁰²⁹.

JAKOBS asume que, toda vez que la pena es una reacción, pueden existir soluciones de conflicto sin pena. Igual que se puede prescindir de la pena si cabe discutir la competencia

²⁰²⁴ PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 269. En esta dirección, sobre la necesidad de que se efectúe un empleo restringido para no perjudicar el fin asignado a la pena, LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 506: «*Para que el perdón no suponga un peligro para el cumplimiento de los fines del Derecho penal, ni ponga en cuestión su credibilidad, habrá de tener siempre carácter excepcional y ser regulado de manera que se evite en lo posible un uso injusto de él*».

²⁰²⁵ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 5: «*Welchen Inhalt und welche Aufgabe Strafe hat, läßt sich –auch beschränkt auf staatliche Strafe– nicht unabhängig von der Verständigung über den Sinn dieser Ordnung. So wird, was den Bestand der Ordnung angeht, ein Staat, der seine Kräfte auf die Sicherung seiner Existenz konzentrieren muß (etwa im Krieg) (...), während ein Staat ohne akute Existenzprobleme kurzfristige Ineffektivität in Kauf nehmen kann, um auf lange Sicht inneren Frieden zu erzielen (etwa Vermeidung harter Strafen, um die Empfindlichkeit gegenüber Gewalt nicht abzustumpfen)*».

²⁰²⁶ Vid. nota al pie 373.

²⁰²⁷ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 346, nota 41 *in fine*. Así, KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», pp. 68-74.

²⁰²⁸ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 11-13.

²⁰²⁹ JAKOBS, *ibid.*, p. 344.

del autor para desautorizar la norma (por incompetencia: caso de un niño o si se sufre un trastorno mental) o cuando el autor obró en una situación especial (por ejemplo, en peligro de muerte) –cuestiones a resolver desde la teoría de la culpabilidad–²⁰³⁰, JAKOBS señala que puede ocurrir que existan otras posibilidades de reacción y que la pena quede desplazada por equivalentes funcionales (sin perjuicio de que no haya que esperar a que se produzca el conflicto, sino que evitarlo convertiría la pena en superflua)²⁰³¹.

Entre ellos, podría destacarse la reacción jurídico-civil que acompaña a la sentencia penal que reitera la desaprobación y que, según JAKOBS, puede incluso reemplazar el efecto de aquella sentencia. Especialmente, la indemnización para reparar las consecuencias del delito, y con mayor fuerza la indemnización por daño personal, confirma la vigencia de la norma transgredida. Aunque este equivalente funcional no sirve en todos los casos (ejemplifica con el daño, nulo, derivado de una tentativa de homicidio), el resarcimiento puede bastar en un caso concreto; incluso, adiciona, para la víctima pudiera representarse como prevalente ante la pena²⁰³². Se destaca precisamente este sustituto puesto que, en los supuestos en los que la sentencia penal fuera acompañada de un pronunciamiento civil, podría entenderse que, *ex art. 6 in fine LI*, el indulto sería potencialmente susceptible de ser acogido, al considerarse inocuo por no afectar ni perjudicar al equivalente funcional de la pena aceptado por JAKOBS.

JAKOBS refiere introductoriamente en este punto que, en el ámbito del Derecho material, un elemento puede pertenecer o bien a la norma de valoración (por ejemplo, las normas de Derecho penal) o al objeto de la valoración. Las normas de valoración (como la existencia de un supuesto de hecho prohibido) pueden considerarse condiciones del injusto típico. Siempre según JAKOBS, al darles otro nombre específico, junto al de objeto de la valoración, se contarían estas condiciones por partida doble pues el objeto (el comportamiento) se determina ya conforme a lo que es relevante según las normas de valoración –cuya existencia se presupone–. Así, las modificaciones del Derecho sustantivo que conducen a la supresión ulterior de la valoración del hecho penal llevan a la absolución por falta de hecho; pero, según dicho autor, la falta de un hecho punible y la falta de una norma, son una y la misma condición de absolución²⁰³³.

Por esta razón, deduce, el indulto tampoco es una causa de levantamiento o supresión de la pena (*Strafaufhebungsgrund*). El indulto, según nuestra interpretación a su pasaje, podría servir no solo (procesalmente) para evitar un proceso inoportuno, sino también (jurídico-materialmente) para corregir una decisión judicial errónea –modificación en la acreditación

²⁰³⁰ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 10.

²⁰³¹ JAKOBS, *ibid.*, pp. 10-11.

²⁰³² JAKOBS, *ibid.*, p. 12.

²⁰³³ JAKOBS, *ibid.*, p. 346: «*Im Bereich des materiellen Rechts kann ein Merkmal entweder zu den Wertungsmaßstäben gehören (wie z.B. die Normen des Strafrechts) oder zum Bewertungsgegenstand. Auch die Wertungsmaßstäbe, etwa der Bestand eines Verbotstatbestands, können als Bedingungen tatbestandlichen Unrechts bezeichnet werden. Ihre gesonderte Benennung neben dem Bewertungsgegenstand führt aber zu einer doppelten Zählung der Bedingungen; denn der Gegenstand (das Verhalten) wird schon danach bestimmt, was nach den –in ihrem Bestand vorausgesetzten– Wertungsmaßstäben relevant ist. Beispiel: Änderungen des materiellen Rechts, die zum nachträglichen Fortfall der Straftatbewertung führen (§2 Abs. 3 StGB [Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden]), haben zwar prozessual einen Freispruch mangels einer Tat zur Folge und nicht etwa eine Einstellung mangels einer Prozeßvoraussetzung, aber das Fehlen einer nunmehr strafbaren Tat und das Fehlen einer Norm sind ein und dieselbe Bedingung des Freispruchs.*».

procesal del hecho u objeto valorado— o para efectuar el ajuste a una valoración legal del hecho, que ha mutado pero aún no se ha plasmado en el oportuno cambio legislativo retroactivo —el hecho u objeto estuvo correctamente acreditado y permanece intacto, pero sucede un cambio en la valoración de ese hecho—²⁰³⁴.

Dejando al margen el primer supuesto, la evitación de un proceso inoportuno, finalidad que en nuestro ordenamiento no sería posible canalizar a través del indulto por requerirse el dictado de una sentencia firme para poder acudir a esta figura, vendrían a reducirse los dos posibles empleos a los que apunta JAKOBS, los dos argumentos cualitativos, a dos finalidades: la corrección de errores en los que ha incurrido el órgano judicial (sin que exista, entonces, posibilidad de recurso para su enmienda) y el acompasamiento a la nueva valoración legal que merece el hecho —quedando éste inalterado— (la solución ante el desacompasamiento temporal que señalara FEUERBACH).

Los ámbitos de aplicación del indulto según JAKOBS, error judicial y acompasamiento temporal, siempre parten de su premisa general de la necesidad de infligir dolor penal al autor del delito. Sin embargo, existen otras construcciones que, partiendo de la distinción analítica entre el valor expresivo-simbólico de la sentencia condenatoria y la imposición del castigo al autor, dudan de la necesidad de que este último deba ser impuesto o entienden que la figura del perdón podría instituirse como un equivalente funcional de la pena.

5.3.1.2.1.3. Teorías sobre la innecesidad de ejecución del castigo y sobre la equivalencia funcional de las instituciones del perdón

Desde una fundamentación más cercana a las construcciones idealistas de la pena, SILVA SÁNCHEZ responde a la cuestión de si podría imponerse el reproche sin dolor penal, que no resulta obvio que toda pena impuesta deba ser, asimismo, ejecutada²⁰³⁵. Para ello, transita sobre la pedregosa discusión de las opciones alternativas de reacción frente al delito²⁰³⁶; camino recorrido por LÜDERSEN a mediados de los años noventa²⁰³⁷.

Ello ocurriría cuando la ejecución de la pena deviniese innecesaria para alcanzar los fines que le son asignados: por excluirse el riesgo de reincidencia, no ser preciso el tratamiento resocializador, cuando la sentencia condenatoria fuera conocida por la comunidad (estabilizándose con ello la norma) y no se perjudicaran los objetivos de la prevención general

²⁰³⁴ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 346: «Aus diesem Grund ist auch die Begnadigung kein „Strafaufhebungsgrund“. Die Begnadigung mag zwar nicht nur (prozessual) der Vermeidung eines inopportunen Verfahrens dienen, sondern (materiellrechtlich) zur Korrektur einer falschen richterlichen Entscheidung oder zur Anpassung an eine geänderte gesetzliche Tatbewertung erfolgen. Es sind dann aber die Maßstäbe, durch die sich die Bewertung ändert; der Bewertungsgegenstand bleibt unberührt. - Entsprechendes gilt für die Amnestie».

Sobre el empleo de la figura para evitar procesos inoportunos, también ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 17.

²⁰³⁵ SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», p. 37. FEINBERG, «The expressive function of punishment», pp. 420-421, considera esta cuestión como un interrogante abierto.

²⁰³⁶ GÜNTHER, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», p. 205.

²⁰³⁷ LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, *passim* (especialmente, pp. 259-322, 422-425).

negativa (ya que, vigentes la norma de conducta y de sanción, el potencial infractor no puede contar con su inejecución)²⁰³⁸.

Indirectamente crítico con JAKOBS sobre este aspecto, SILVA SÁNCHEZ es contundente al afirmar que las teorías de la prevención general positiva solo fundamentan convincentemente la necesidad de que al delito le siga una reacción penal, que una comunicación penal tenga lugar a costa del autor, pero no que esta reacción tenga que consistir en infligirle daño a éste. Según él, las necesidades del «dolor penal» no quedan vinculadas a exigencias de una confirmación ideal de la vigencia de la norma, sino a las de proporcionar seguridad cognitiva a víctimas reales y potenciales²⁰³⁹.

SILVA SÁNCHEZ considera esencial, en este punto, asumir la distinción analítica entre el reproche comunicativo dirigido al autor de un delito –sentencia en la que se le identifica, se reprobaba su actuación, se determina el injusto y se concreta, en su caso, la eventual víctima– de la causación de dolor a éste²⁰⁴⁰. Sin embargo, la teoría de dicho autor no radica, como defendiera GÜNTHER, en la suficiencia del mensaje expresivo que contiene la sentencia (para la víctima, autor y sociedad)²⁰⁴¹, sino en la identificación del perdón como mecanismo equivalente de reacción al dolor penal.

Tras efectuar dicha delimitación, advierte que el perdón que se pide y se concede (como expresión de reconocimiento recíproco²⁰⁴²) manifiesta el hecho injusto y la responsabilidad del

²⁰³⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», p. 37: «una vez impuesta la pena privativa de libertad, su propia inejecución podría ser absolutamente indiferente en términos político-criminales. Excluido el riesgo de reincidencia, la finalidad de prevención especial inocuizadora no haría precisa la ejecución; no siendo preciso el tratamiento resocializador, la inejecución no sólo no aparece como una opción más, sino como la única legítima ante el riesgo evidente de desocialización. Conocida por la opinión pública la condena y estabilizada de este modo la norma (así como ratificada la confianza general en el Derecho), su inejecución en muchos casos no tendría por qué pugnar contra las exigencias de la prevención de integración. Por fin, también cabría que la inejecución no obstara a los objetivos de la prevención general negativa (o disuasoria), en la medida en que, manteniéndose vigente tanto la norma de conducta como la norma de sanción, el potencial infractor no pudiera contar con su inejecución –lo que resulta evidente–». Sobre el esencial carácter inesperado del perdón, ARENDT, *The Human Condition*, Ed. The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1998, 2ª ed., p. 241.

²⁰³⁹ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 48.

²⁰⁴⁰ Sobre este particular, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1999, pp. 119, 135-137, indica que aunque en el plano analítico pudiera efectuarse dicho distingo [ilustrándolo con el contenido del sugerente § 59 CP alemán, que regula la figura de la amonestación con reserva penal (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*)], dicha disociación no sería posible en la práctica, dado que la ejecución de la pena siempre está asociado al juicio de reproche respecto de la cantidad total de la pena a imponer. Esa imposibilidad de discernir entre ambos constructos, dadas nuestras convenciones sociales, según HÖRNLE, se predica no solo en los delitos más graves, sino respecto de todas las condenas: «*die Verhängung bestimmter Übelzufügungen, die sich im Bereich des Strafrechts etabliert haben, Tadel bedeuten. Dies gilt nicht nur für schwere Straftaten, sondern für alle Verurteilungen. Das Strafurteil kommuniziert über die einfache Bedeutungsebene hinaus, auf der der Wortlaut des Urteils nur die Verhängung eines Übels formuliert, auf einer Metaebene Tadel*» (p. 136). En este sentido, FEINBERG, «The expressive function of punishment», p. 400, incide en que puedan ser distinguidos desde el plano analítico, pero su ausencia de separación en la realidad.

²⁰⁴¹ GÜNTHER, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», pp. 206-207, 218-219.

²⁰⁴² Así, HEGEL, en SCHULZE (Ed.), *Phänomenologie des Geistes*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1832, p. 506: «*Die Verzeihung, die es dem ersten widerfahren läßt, ist die Verzichtleistung auf sich, auf sein unwirkliches Wesen, indem es diesem jenes Andere, das wirkliches Handeln war, gleichsetzt, und das, welches von der Bestimmung, die das Handeln im Gedanken erhielt, Böses genannt wurde, als gut anerkennt, oder vielmehr diesen Unterschied des bestimmten Gedankens und sein fürsichseyendes bestimmendes Urteil fahren läßt, wie*

autor, al tiempo que los elimina. Llegados a ese punto, de ello deduce la innecesariedad de la causación de dolor al efectuarse aquella sustitución por la institución del perdón.

Por cuanto antecede, SILVA SÁNCHEZ llega a concluir que la pena y el perdón pueden ser perfectamente intercambiables²⁰⁴³. El perdón²⁰⁴⁴, en cuanto elimina el injusto y la declaración de responsabilidad por él, es un equivalente funcional a la pena²⁰⁴⁵.

En este sentido y en respuesta expresa a las construcciones que abogan por el supuesto derecho de la víctima al castigo efectivo del autor, las teorías de SILVA SÁNCHEZ no descartarían acudir al indulto²⁰⁴⁶ puesto que, con la declaración del reproche, tanto el injusto del culpable como la constitución del afectado como víctima, han quedado perfectamente establecidas en la condena y permanecen intactas²⁰⁴⁷. La aflicción adicional de dolor penal solo se justifica, según él, cuando existieran razones preventivas para ejecutar la pena (en particular, de aseguramiento cognitivo).

SILVA SÁNCHEZ advierte que las teorías del Derecho penal orientadas a la víctima se centran en la neutralización del daño inmaterial, permanente, que aquélla seguiría padeciendo como consecuencia del delito y, en consonancia con sus construcciones, el núcleo de dichas teorías debería constituirse y limitarse por la respuesta expresiva-simbólica de la declaración de culpabilidad y condena. No podría reclamarse y ejecutarse el dolor penal al autor, so riesgo de

das Andere das fürsochseyende Bestimmen der Handlung. – Das Wort der Versöhnung ist der daseyende Geist, der das reine Wissen seiner selbst als allgemeinen Wesen in seinem Gegentheile, in dem reinen Wissen seiner als der absolut in sich seyenden Einzelheit anschaut, – ein gegenseitiges Anerkennen, welches der absolute Geist ist».

²⁰⁴³ SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», pp. 39-40: «*el perdón que se pide y se concede, aun cuando fuera gratuito, manifestaría el hecho injusto y la responsabilidad por éste, al tiempo que los elimina. Se podría afirmar, entonces, que cumple la misma función que la pena, de modo que podrían ser perfectamente intercambiables*»; mismo autor, «Perdonar», p. 2: «*un perdón solicitado y concedido, aun cuando fuera gratuito, manifestaría eo ipso el hecho injusto y la responsabilidad por éste al tiempo de eliminarlos. Se podría afirmar, entonces, que cumple la misma función que la pena, de modo que podrían ser perfectamente intercambiables*».

²⁰⁴⁴ Adviértase que SILVA SÁNCHEZ se refiere al perdón estatal y no al perdón del ofendido contemplado en el art. 130. 5º CP, cuya equivalencia funcional, de entenderse ésta como respuesta jurídica al delito, en los concretos delitos a los que su ámbito se circunscribe, pudiera llegar a establecerse.

²⁰⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 48.

²⁰⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 42, mantiene dicha postura, en contraposición de las amnistías dictadas antes del dictado de la sentencia.

Recuérdese que, para que el otorgamiento de un indulto fuera posible, se tendría que haber acreditado y determinado judicialmente la existencia de una acción típica, antijurídica, culpable y punible.

²⁰⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 47: «*no parece fácil sostener que la víctima o la sociedad tengan una pretensión legítima de castigo que revista caracteres absolutos. Como se ha indicado, a lo que sí tienen derecho víctimas y sociedad es, respectivamente, al restablecimiento de su dignidad y al restablecimiento de los vínculos sociales puestos en cuestión por el delito. Pero cabe plantearse si ello no resulta inherente a la declaración de culpabilidad del autor (y la correspondiente declaración del carácter de víctima del sujeto afectado por aquél). En la medida en que fuera posible restablecer la dignidad de la víctima –mostrar el reconocimiento que esta merece–, causando el menor daño posible al autor, parece que el sistema del Derecho penal debería orientarse a ello*»; p. 51, considera esta cuestión aún no zanjada: «*Una cuestión abierta es la de si la resocialización, la anulación de la dominación o la compensación de la humillación sufrida por la víctima requieren precisamente la exclusión e inflicción de daño al autor (la ejecución del castigo), y no meramente la declaración pública del reproche*».

institucionalizar la venganza, salvo requerirse por razones preventivas²⁰⁴⁸, como defendiera VON HIRSCH²⁰⁴⁹.

Sin embargo y a pesar de la sugerente conclusión, el propio SILVA SÁNCHEZ reconoce un extremo ya esbozado por FEINBERG²⁰⁵⁰ y asumido por GÜNTHER²⁰⁵¹: tratándose de una cuestión político-criminal relativa, atendiendo a nuestro modelo social, a nuestras convenciones, parece que no resulta suficiente con el aspecto simbólico de la sanción, sino que es necesario que se acompañe del aspecto aflictivo-material; se instituiría como necesario, todavía, que las sanciones sean ejecutadas²⁰⁵².

En ese mismo sentido y considerando que no es posible una construcción sobre la justificación de la pena que se pueda predicar genéricamente, prescindiendo de las distintas categorías de delitos²⁰⁵³, se pronuncia HÖRNLE. Para ella, si bien idealmente es posible distinguir el reproche verbal necesario que diferenciara expresamente el distingo entre delitos leves y graves –dado que en éstos la falta de ejecución, mina la función expresiva–, reconoce que esa evolución no sería asumible. Por ello debe aceptarse que es costumbre en nuestro contexto socio-cultural que los abstractos juicios de valor sean complementados con signos externos, de tipo material, que intensifiquen su credibilidad²⁰⁵⁴. En esa medida, no sería prescindible la ejecución de la pena como expresión material necesaria a la idea que se quiere transmitir²⁰⁵⁵.

²⁰⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena?», pp. 51, 53; razones preventivas que, como el propio SILVA SÁNCHEZ advierte, permanecen alejadas de aquellas construcciones.

²⁰⁴⁹ VON HIRSCH, «Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen», en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (Dir.), *Tatproportionalität, Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Ed. C.F.Müller, Heidelberg, 2003, pp. 52-58 (especialmente, p. 58), aludiendo al límite de ejecución del castigo como segundo componente de la pena tras la declaración del reproche como primero, basado en la prevención, en el prudente desincentivo contra comportamientos dañosos; mismo autor, «Proportionality in the Philosophy of Punishment», en *Crime and Justice*, vol. 16, 1992, pp. 71-74 (especialmente, esta última página).

²⁰⁵⁰ FEINBERG, «The expressive function of punishment», p. 423.

²⁰⁵¹ GÜNTHER, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», pp. 207, 219, sostiene que el castigo sería solo una convención históricamente contingente y, por consiguiente, susceptible de modificación, para concluir: «*Es ist nicht zu erkennen, welche zusätzliche Bedeutung die Strafe für die Manifestation des symbolisch-expressiven Gehalts haben sollte. Ihre Existenzberechtigung hat sie allein als ein konventionelles Symbol, mit dem jener Gehalt gegenwärtig noch ausgedrückt wird*».

²⁰⁵² SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», p. 38; mismo autor, «¿Nullum crimen sine poena?», p. 47, si bien, adiciona, deberíamos dirigirnos a un modelo social en el que queden restringidas al máximo la ejecución de las penas privativas de libertad y, en el caso de que éstas tuvieran que ser ejecutadas, se haga con el grado mínimo de aflictividad posible. Mismo autor, *En busca del Derecho penal*, pp. 80-82: «*Si bien es cierto que parece que en nuestro modelo social resulta preciso todavía, en general, ejecutar materialmente las sanciones, el hecho de que el propio planteamiento de la cuestión no resulte absurdo pone de relieve la relatividad político-criminal del modo de ejecución de las sanciones. Es decir, la posibilidad de acoger un modelo de amplia flexibilidad favorable al reo en la ejecución de las sanciones, sin que ello dé lugar a consecuencias político-criminales indeseables. Las formas de ejecución más aflictiva deben sustituirse por otras menos aflictivas, salvo que las exigencias preventivas del caso concreto no lo permitan. Por ello, he propuesto la vigencia de un principio que debería definirse como de restricción máxima de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como de aflictividad mínima de aquellas que deban ser finalmente ejecutadas*».

SÁDABA, *El perdón*, pp. 52-54, plantea un esquema paralelo respecto de la inexorabilidad de la sanción en el campo de la moral.

²⁰⁵³ HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, p. 124.

²⁰⁵⁴ HÖRNLE, *ibid.*, pp. 119-124, partiendo de una visión crítica de las posturas defendidas por VON HIRSCH, en la medida en que entiende que el desincentivo de la ejecución de la sanción no puede postularse como una

Para dicha autora, que asume la necesidad de incorporar las consideraciones que afecten a la víctima del delito en este análisis, la ejecución de la sentencia es necesaria no solo para expresar a la víctima que lo que le ha ocurrido no es fruto del infortunio o derivado de su propia actuación (sino consecuencia de una conducta delictiva cometida por el autor)²⁰⁵⁶, sino para expresar las condolencias y solidaridad con ella²⁰⁵⁷. Siendo que debe poder existir una graduación en el reproche y en esa expresión de solidaridad, la ejecución del castigo se representa, para HÖRNLE, dadas nuestras costumbres, como imprescindible²⁰⁵⁸.

Para alcanzar las conclusiones asumidas por SILVA SÁNCHEZ, éste acudiría a las teorías que dos filósofos alemanes ya ensayaron a finales del siglo XIX al oponerse a las teorías absolutas de la

construcción única y unificada para todo tipo de delitos y defendiendo que la ejecución de la sanción se requeriría idealmente para la categoría de delitos más grave (a los fines de no perjudicar la función expresiva de la pena), concluye: *«Es ist zwar idealerweise möglich, die verbal zum Ausdruck gebrachte Mißbilligung in einer Weise abzustufen, die genau den Unterschied zwischen einer leichten und einer schweren Straftat zum Ausdruck bringt. Es würde jedoch nicht nur beim Täter, sondern auch beim Opfer einen außerordentlich hohen Grad an ethischer Abstraktionsfähigkeit voraussetzen, um allein die verbal zum Ausdruck gebrachten Abstufung als hinreichende Reaktion auf das Unrecht anzusehen. Ein derartiger Entwicklungsstand kann nicht unterstellt werden. Man wird im Gegenteil davon ausgehen müssen, daß es in unserem sozio-kulturellen Kontext üblichen Gebräuchen entspricht, abstrakt formulierte Werturteile durch äußere, materielle Anzeichen zu ergänzen, um deren Glaubhaftigkeit zu erhöhen»* (p. 123).

GÜNTHER, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», p. 219, construye esa exteriorización al procedimiento penal y la sentencia: *«Der symbolisch-expressive Gehalt der Strafe läßt sich vollständig im öffentlichen und formalisierten Verfahren der Unrechts- und Schuld festgestellt ausdrücken. Alle Bedeutungen, die der Strafe insoweit zugeschrieben werden, lassen sich durch dieses Verfahren hinreichend manifestieren. Für den Vollzug kommt es dabei allein auf den persformativen Akt der öffentlichen Deklaration an, manifest werdend im Schuldspruch, dem ja bereits eine Genugtuungsfunktion für das Opfer zugeschrieben wird»*.

²⁰⁵⁵ HÖRNLE, «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», p. 956.

²⁰⁵⁶ En el mismo sentido, asumiendo que los destinatarios del contenido expresivo-simbólico de la pena son tanto la víctima, como el autor y la comunidad, GÜNTHER, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», pp. 218-219: *«Diese Deklaration ist an drei Adressaten gerichtet: (1) An den Verletzten, dem mit dieser Deklaration zugleich erklärt wird, daß es sich bei seiner Verletzung nicht um Unglück oder Schicksal handelt, sondern um Unrecht, das von der Allgemeinheit nicht akzeptiert wird. Darin liegt zugleich die opferspezifische Mitteilung, daß er/sie nicht selbst an seiner Verletzung schuld sei, sondern eine Person, der dieses Unrecht individuell zugerechnet wird. (2) An den Täter, dem das Unrecht individuell zugerechnet wird, mit der Folge, daß seine Neutralisierungen der Unrechtstat (...) nicht anerkannt werden. (...) (3) An die Allgemeinheit, der mitgeteilt wird, daß die Verletzung Unrecht und nicht Unglück ist, daß es nicht akzeptiert wird, und daß dieses Unrecht weder vom Opfer noch von der Allgemeinheit zu verantworten ist»*.

²⁰⁵⁷ Así, STRELAN/VAN PROOIJEN, «Retribution and forgiveness», pp. 545, 551, destacan la relevancia de la reparación del sentimiento psicológico de seguridad de las víctimas y del autoconcepto de sí mismas o autoestima, dañados con el delito. Sobre ello, NINO, *Radical evil on trial*, pp. 136, 147, defiende los juicios para permitir a la víctima recobrar su autoestima como titular de derechos.

Sin embargo, GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», pp. 19-22, acoge una posición crítica sobre la posibilidad de que la recuperación de la autoestima de la víctima se deba constituir como fundamento de la pena –más allá de que pueda instituirse como un factor a considerar–.

²⁰⁵⁸ HÖRNLE, «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», p. 956: *«Übelszufügung ist nicht ein Rechtsinstitut, das man ohne weiteres abschaffen könnte – dadurch entstünde ein erheblicher Widerspruch zu kulturellen Rahmenbedingungen. Es entspricht unseren Gepflogenheiten, verbale Bekundungen durch materielle Gesten zu verstärken. Das Ausmaß einer Begünstigung oder Benachteiligung bringt das Maß an Lob oder Mißbilligung zum Ausdruck; die Beschränkung auf eine verbale Deklaration wird nur für leichtes Lob oder leichten Tadel als angemessen empfunden. Diese Praktiken sind in unserem Alltagsleben tief verankert. Der Verzicht auf eine Bestrafung des Täters bei Delikten, die nicht zu den leichten gehören, würde deshalb die expressive Bedeutung zwangsläufig beeinflussen. Würden etwa in dem vorhin erwähnten Beispielfall die gewalttätigen Angreifer nicht bestraft, sondern nur getadelt, würde damit eine geringfügige Mißbilligung und geringfügiges Beileid mit dem Opfer ausgedrückt, und zwar auch dann, wenn die Urteilenden verbal anderes bekunden»*.

retribución por el castigo merecido. Aunque aquél se refiriera a las tesis de VON BAR²⁰⁵⁹, no puede obviarse que tres años antes de que el jurista alemán expusiera la posibilidad de sustituir la pena por el perdón²⁰⁶⁰, VON HARTMANN habría también señalado esa posibilidad²⁰⁶¹.

Lo que VON HARTMANN opuso sería que la causación de un mal (el castigo) como respuesta a un mal precedente (el injusto), coloca a la sociedad a un nivel moral inferior al que se podría alcanzar de responder a éste con el perdón. Por ello, excluye que una reacción de corte retribucionista, que encerrase un sentimiento de venganza y que no eliminara lo ocurrido, fuera la (única) forma de responder frente al autor de un delito. Sobre este concreto particular, VON BAR adicionó que el injusto podría eliminarse del mundo de otro modo absolutamente distinto que con la pena: con el perdón del injusto y haciéndole bien al autor²⁰⁶². De esta forma, ambos defendieron la aplicación del perdón que, guiado por un sentimiento positivo de magnanimidad, satisfaría (mejor) el objetivo que pretende alcanzarse con la pena²⁰⁶³. VON BAR, incidiendo en el valor expresivo del perdón²⁰⁶⁴, advirtió, no obstante, que de adoptarse como máxima general el perdón absoluto, sin la expresión real de la desaprobación de la infracción, se eliminaría la moral. Un perdón absoluto de aplicación general significaría, para VON BAR, que la conducta contraria a la moral no perjudicaría al valor de su causante²⁰⁶⁵ —a pesar de acompañarle siempre, en su carácter, la sombra del delito cometido que, cual desventaja y aunque la comunidad quisiera, no sería capaz de eliminar sin más²⁰⁶⁶—.

Según VON HARTMANN, las razones que harían renunciar al perdón se restringirían a que su otorgamiento pudiera desplegar consecuencias desfavorables; supuestos en los que el

²⁰⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», p. 39.

²⁰⁶⁰ VON BAR, *Handbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band: Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlín, 1882, pp. 312-317.

²⁰⁶¹ VON HARTMANN, *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins*, Ed. Carl Duncker, Berlín, 1879, pp. 208-210.

²⁰⁶² VON BAR, *Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, p. 312.

²⁰⁶³ VON HARTMANN, *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins*, p. 208: «es ist weder erwiesen, dass die Vergeltung des Bösen das einzig mögliche, noch dass sie ein wirklich und in jeder Hinsicht ausreichendes Mittel zur Wiederherstellung des sittlichen Gleichgewichtszustandes auf dem früheren Niveau ist. Höher als Vergeltung steht Vergebung; Rache wird natürlich gefunden, Grossmuth wird als erhaben bewundert. Die Störung des sittlichen Gleichgewichts besteht subjectiv genommen in dem Gefühl erlittenen Unrechts in dem Beschädigten; wo dieses Gefühl mit der eintretenden Vergebung schwindet, da ist allerdings auch die Störung des sittlichen Gleichgewichts verschwunden. Objectiv genommen kann auch die Vergeltung das Unrecht nicht ungeschehen machen; auch sie vermag nichts weiter als dem gekränkten Gefühl des Verletzten Genugthuung zu gewähren. Aber dasselbe subjective Resultat kann auch durch die Vergebung hervorgebracht werden, indem dieselbe ohne äussere Genugthuung durch Aufhebung des Kränkungsgefühls sich selbst genughut. Die Vergeltung schafft objectiv genommen eine neue Verletzung, ein neues Leid, um die äussere Genugthuung für das alte zu gewinnen; gleichwohl erreicht sie durch dieses sittlich bedenkliche Mittel strenggenommen doch nicht die Wiederherstellung des sittlichen Gleichgewichtszustandes in dem Niveau vor der ersten That, sondern in einem tiefer liegenden, durch die dazwischen liegende Uebelthat und ihren Gegenstoss herabgedrückten. Die Vergebung hingegen ist eine positive sittliche Leistung, welche durch ihren positiven Werth auch objectiv genommen das negative Gewicht der Uebelthat aufwiegt, und so erst wirklich den status quo ante in sittlicher Beziehung wiederherstellt».

²⁰⁶⁴ En este sentido, también MOORE, K. D., *Pardons*, p. 83, sobre el reconocimiento de ese valor expresivo-simbólico de los indultos *post sententiam*.

²⁰⁶⁵ VON BAR, *Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, p. 316.

²⁰⁶⁶ VON BAR, *ibid.*, p. 317.

delincuente no hubiera mostrado signo de conciencia moral sobre su infracción y fuera presumible que el perdón solo le animara a cometer nuevos delitos. En ese caso, tanto para él (para que tuviera la oportunidad de educarse moralmente y hacer despertar su conciencia moral) como para proteger a la sociedad de la repetición de delitos (tanto del autor como de otros potenciales), sería necesaria la ejecución de la pena²⁰⁶⁷. Para VON BAR, sin embargo, la excepción podría erradicar en las vulneraciones muy graves a la moral. En esos contextos, el autor del delito se juzga como enemigo del orden moral y la *comunidad moral* con el autor se considera derogada, surgiendo el derecho a su expulsión²⁰⁶⁸.

Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ llega a sostener que no sería necesario asumir las teorías idealistas para sostener que el perdón constituye tal equivalente funcional de la pena (en la medida en que reconoce el injusto y la responsabilidad por éste). No es necesario abrazar esa perspectiva filosófica, según dicho autor, para, acudiendo a las borgianas reflexiones de MALAMUD GOTI, resaltar que el perdón, como el castigo, puede poner fin a la irreversibilidad de la conducta reprochable²⁰⁶⁹.

Desde una teoría retributiva igualadora o de equilibrio (*equalizing retributivism*) basada en las emociones y en el necesario restablecimiento del desbalance causado por el delito²⁰⁷⁰, MALAMUD GOTI defiende que, cuando alguien transgrede las normas, es la función del castigo (y en ocasiones también la del perdón) restablecer el equilibrio perdido, suprimiendo esa «ventaja» en la que se sitúa el autor²⁰⁷¹. Esa equivalencia funcional se hace también evidente, según MALAMUD GOTI, en la medida en que el castigo y las disculpas ofrecen una explicación (simplificada) de la causa generadora del estado en que se encuentra la víctima, advirtiendo la expresión de la irrelevancia de las acciones realizadas por ésta²⁰⁷². Crítico, sin embargo, advierte que, en último término, esa simplificación de la realidad perjudicaría y sería incompatible con el sentimiento de responsabilidad individual y de grupo²⁰⁷³.

²⁰⁶⁷ VON HARTMANN, *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins*, pp. 209-210.

²⁰⁶⁸ VON BAR, *Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, p. 317.

²⁰⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, «Doctrines Regarding “The fight against impunity” and “the victim’s right for the perpetrator to be punished”», pp. 878-879.

²⁰⁷⁰ MALAMUD GOTI, «Emma Zunz, punishment and sentiments», en *Quinnipiac Law Review*, vol. 22, 2003, pp. 45-47, 53-54.

²⁰⁷¹ MALAMUD GOTI, *ibid.*, pp. 51-52, 58: «Punishment in this arrangement is essentially aimed at individuals getting their just deserts. When somebody transgresses the rules, it becomes the role of punishment (and sometimes of pardons too) to restore the lost balance by washing away the “advantage”» (pp. 51-52); «dominance by the wrongdoer is achieved through shame, and only punishment (and pardon) may wash it away» (p. 58); el mismo autor, «What’s good and bad about blame and victims», pp. 637-638, 644.

²⁰⁷² MALAMUD GOTI, «What’s good and bad about blame and victims», pp. 636-640, crítico, asume esa equivalencia entre castigo y disculpa, concluyendo que el efecto simplificador que generan (sancionando una explicación como causa única) perjudica el sentido de responsabilidad. FEINBERG, «The expressive function of punishment», p. 408, en sentido similar, sobre el efecto de absolución de *los otros*.

²⁰⁷³ MALAMUD GOTI, «What’s good and bad about blame and victims», pp. 632-635, incide en que el reproche es liberador, elimina otras acciones y eventos del ámbito de la responsabilidad al asumir que los reprochados proporcionan una explicación suficiente para determinados años. Según dicho autor, este efecto perjudica el proceso de moldeado de nuestra realidad social. En el mismo sentido, MATUS GONZÁLEZ, M., «Verdad histórica y perdón: El caso alemán, 1945-2009», p. 37, sobre la limitación de los juicios para alcanzar la verdad histórica; MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, pp. 228, 232, sobre la asunción del principio de selectividad (en cuanto a imputación y hechos) en la actuación de los Tribunales penales internacionales.

Las reflexiones sobre la irreversibilidad de la acción y el poder de perdonar, habrían sido ya objeto de estudio por ARENDT²⁰⁷⁴. Para dicha filósofa, tanto el remedio contra la irreversibilidad como contra la impredecibilidad del proceso de acción, surgen de la propia acción como una de sus potencialidades. Serían también acción.

La redención, como reacción, frente al predicamento de la irreversibilidad será la facultad de perdonar; y el remedio de la impredecibilidad se contendrá en la facultad de hacer y mantener las promesas. Estas dos facultades, dependientes de la pluralidad (de la presencia y actuación de los otros, propios de la condición humana de pluralidad)²⁰⁷⁵, permiten la continuidad, facilitando la necesaria superación del pasado y recabando la imprescindible seguridad para el futuro²⁰⁷⁶.

ARENDT, asumiendo las lecciones dadas por Jesús de Nazaret²⁰⁷⁷ –en cuanto a personaje histórico, desarropado de connotaciones religiosas²⁰⁷⁸– y advirtiendo que el perdón supone establecer una relación eminentemente personal no necesariamente restringida a las relaciones privadas o individuales²⁰⁷⁹, considera que, sin la capacidad para ser perdonados, liberados de las consecuencias de lo que hemos hecho, nuestra capacidad de acción estaría confinada a un solo acto del que nunca podríamos recobrarlos²⁰⁸⁰. De esta forma, para la pensadora de origen alemán, aunque el perdón se refiriese a un acto pasado, en la medida en que tiene como finalidad remediar las consecuencias que un acto trae consigo, no solo libera

²⁰⁷⁴ ARENDT, *The Human Condition*, pp. 236-243.

RIVAS PALÁ, «Perdón y justicia transicional», pp. 351-352, crítico, reprueba la falta de metodología en las reflexiones sobre el perdón de ARENDT.

²⁰⁷⁵ ARENDT, *The Human Condition*, pp. 237-238, defiende que, por ello, se distancia de los principios-guía de los modelos morales inherentes a la noción platónica de gobierno. El código moral inferido de las facultades de perdonar y hacer promesas, descansaría en experiencias basadas en la presencia de los demás. Sobre ello, MADRID GÓMEZ TAGLE, «Sobre el concepto de perdón en el pensamiento de Hannah Arendt», en *Praxis Filosófica*, núm. 26, enero-junio de 2008, pp. 141-142.

²⁰⁷⁶ ARENDT, *The Human Condition*, p. 237, explica que la facultad de perdonar sirve para deshacer los hechos del pasado, cuyos «pecados» colgarían cual espada de Damocles sobre cada nueva generación; y la facultad de hacer y mantener promesas sirve para establecer en el océano de la incertidumbre que es el futuro por definición, islas de seguridad sin las cuales ni siquiera la continuidad, por no hablar de la durabilidad de cualquier clase, sería posible en las relaciones entre los hombres.

²⁰⁷⁷ BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», pp. 26-27, 30-31, también lo adopta como referencia.

²⁰⁷⁸ MADRID GÓMEZ TAGLE, «Sobre el concepto de perdón en el pensamiento de Hannah Arendt», pp. 138-139: «*el descubridor del papel del perdón en la esfera de los asuntos humanos es Jesús de Nazaret, ello no implica, para nuestra autora, que el perdón sea exclusivo del ámbito religioso ni que su significado se restrinja a una dimensión metafísica. Esto es, aun cuando Arendt reconoce en la persona de Jesús de Nazaret y en sus famosas palabras de la cruz (...) el inicio de la historia del perdón, en modo alguno considera que se trate de un concepto de carácter exclusivamente religioso. Por el contrario, Arendt a la persona de Jesús de Nazaret en tanto personaje histórico y no en tanto figura religiosa; de ahí que, el énfasis lo ponga nuestra autora en el papel del perdón en la esfera de los asuntos humanos y no tanto en Jesús de Nazaret*»; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, p. 108.

²⁰⁷⁹ ARENDT, *The Human Condition*, pp. 241-243.

²⁰⁸⁰ También CANÇADO TRINDADE, «Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal», pp. 28-29, asume el perdón como un acto de redención y liberación; FERNÁNDEZ MANZANO, «Restorative Justice, Forgiveness and Reparation for the Victims», p. 394; RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, pp. 585, 589-590, 621-632, analizando los pensamientos de ARENDT, subraya la relevancia de incidir en el efecto que produce el perdón, al desligar al agente de su acto. El perdón restauraría la capacidad de obrar del sujeto, desligándose al agente de su acto y perdonándolo porque «*vales más que tus actos*» (p. 632); TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, pp. 26, 31, 60-64, 123-125.

del pasado, sino que posibilita la continuación de la acción, dirigiéndose hacia el futuro²⁰⁸¹. Así, según ella, ha de superarse la concomitante autoprivación de remedios frente a las acciones, venciendo la asumida obligación de hacer con medios violentos y deshacer a través de la destrucción²⁰⁸².

En este punto, y ello se relaciona con las teorías defendidas por MALAMUD GOTI y SILVA SÁNCHEZ, el perdón podría ser el correctivo necesario para los inevitables daños que resultan de la acción²⁰⁸³. Dado que pecar es un hecho diario (natural a la acción), es necesario el perdón para posibilitar que la vida pueda proseguir. De esta forma, se defiende que solo mediante esta constante exoneración, los hombres puedan ser agentes libres²⁰⁸⁴.

Establecidas estas premisas, ARENDT continúa analizando la relación entre el perdón, la venganza y el castigo. Para ella, el perdón es el extremo opuesto a la venganza²⁰⁸⁵. En contraste con la venganza, que es la reacción automática ante una transgresión y que, dada la irreversibilidad de la acción, puede esperarse e, incluso, calcularse, los actos de perdón nunca podrían predecirse, constituyéndose como la única reacción que actúa de modo inesperado, liberando a quien perdona y a quien es perdonado²⁰⁸⁶: «*The freedom contained in Jesus' teachings of forgiveness is the freedom from vengeance, which incloses both doer and sufferer in the relentless automatism of the action process, which by itself need never come to an end*»²⁰⁸⁷. En relación con el castigo, ARENDT lo defiende como alternativa (no como opuesto) al perdón, en la medida en que ambos intentan poner fin a algo que, sin interferencia, sería interminable²⁰⁸⁸. Se trata, y con ello retornamos al punto inicial de este *excursus*, de considerar

²⁰⁸¹ MADRID GÓMEZ TAGLE, «Sobre el concepto de perdón en el pensamiento de Hannah Arendt», p. 144.

RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, p. 641, da un paso más allá al apuntar que el estado *encolerizado* de una sociedad consigo misma no puede durar eternamente. Razón por la cual la política descansa, según RICOEUR, en el olvido del no-olvido; RIEFF, *Elogio del olvido*, pp. 161-162.

²⁰⁸² ARENDT, *The Human Condition*, p. 238. AGUIRRE MONASTERIO, «La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización», pp. 86-87, sobre el carácter humanizante y positivo de la disposición a perdonar: «*El perdón es un acto creador, que abre la posibilidad de un futuro nuevo para la víctima y para el criminal, que rompe con el círculo de la venganza*».

²⁰⁸³ ARENDT, *The Human Condition*, p. 239.

²⁰⁸⁴ ARENDT, *ibid.*, p. 240.

²⁰⁸⁵ ARENDT, *ibid.*, p. 240. MADRID GÓMEZ TAGLE, «Sobre el concepto de perdón en el pensamiento de Hannah Arendt», pp. 142-143: «*La diferencia fundamental entre el perdón y la venganza reside en el hecho de que, aun cuando ambos tengan el mismo origen, esto es, que reaccionen a una acción que les precede, las implicaciones que éstos traen consigo son completamente diferentes. Mientras el perdón, del mismo modo que el castigo, pretende dar por finalizado "algo", que si no interviniera, continuaría, la venganza –que se caracteriza por la predecibilidad y la calculabilidad, en la medida en que no sólo surge de una acción que le precede en términos temporales, sino que queda ligada cualitativamente a ésta– permanece condicionada a la acción que la ha originado y es incapaz de generar una acción libre. El perdón, por su parte, en tanto posee la misma naturaleza de la acción que lo origina, no sólo hace posible la liberación de la acción que le precede, sino que también posibilita la continuidad de la acción. De aquí que, el perdón, al igual que la acción, tenga la capacidad de introducir algo nuevo en el mundo y de darle continuidad al actuar humano*».

²⁰⁸⁶ ARENDT, *The Human Condition*, p. 241: «*Forgiving, in other words, is the only reaction which does not merely re-act but acts a new and unexpectedly, unconditioned by the act which provoked it and therefore freeing from its consequences both the one who forgives and the one who is forgiven*». ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», pp. 69-72, 75.

²⁰⁸⁷ ARENDT, *The Human Condition*, p. 241. TORRALBA, *El perdón*, pp. 40-44, 112, 125-126.

²⁰⁸⁸ ARENDT, *The Human Condition*, p. 241: «*The alternative to forgiveness, but by no means its opposite, is punishment, and both have in common that they attempt to put an end to something that without interference could go on endlessly*». ARENDT califica como significativo que los hombres sean incapaces de perdonar lo que no pueden castigar e incapaces de castigar lo que ha resultado ser imperdonable (respecto

al perdón y a la pena como equivalentes funcionales²⁰⁸⁹ en la medida en que ponen fin a la irreversibilidad de la conducta reprobable²⁰⁹⁰.

TAMARIT SUMALLA opone que el mero perdón no sirve para cumplir los fines de la pena, sino que solo el perdón condicionado podría satisfacerlos²⁰⁹¹. Para que dicha figura pudiera actuar cual subrogado, al menos parcial, del castigo, sería necesario que se acometiera un proceso en el que el infractor reconociera los hechos y asumiera su responsabilidad, adoptase una actitud reconstructiva orientada a pedir una disculpa, reparar el daño e interesar su reintegración en la comunidad. Sería ese proceso interactivo-comunicativo, mediante el que la comunidad reprocha, recibe y favorece la reparación y reintegra a todas las personas involucradas en el conflicto, el que sirve a los fines de la pena²⁰⁹². Según dicho autor, no es el perdón sino el «*“hecho previo”, el comportamiento de vuelta al Derecho del infractor, de reparación seria, unida a un proceso comunicativo en el que se exprese reproche y voluntad de reintegración, el que puede actuar como “actus contrarius” funcionalmente equivalente a la pena*»²⁰⁹³.

Como se advirtió en la parte final del anterior inciso, FEIJOO SÁNCHEZ acertaría a remarcar la imposibilidad de marginar las consideraciones elaboradas por aquellas teorías focalizadas en la figura de la víctima construidas en el seno de las teorías de la prevención general estabilizadora como teoría comunicativa, en relación con la ejecución del castigo. Advertido el giro victimológico²⁰⁹⁴, sin embargo, para dicho autor, si el objetivo de la pena es estabilizar la norma tras la comisión de un hecho delictivo, no sería descartable que dicho propósito pudiera satisfacerse sin necesidad de acudir al castigo o aplicando éste de forma más liviana.

Si bien es cierto que FEIJOO SÁNCHEZ no se refiere a la posibilidad (o necesidad) de acudir al indulto en estos casos (sino que sitúa sus planteamientos en un estadio temporalmente

de las ofensas clasificadas como *radical evil*, no susceptibles de castigarlas ni perdonarlas). Acogiendo los argumentos de ARENDT, ATRIA LEMAITRE, «Reconciliation and Reconstitution», p. 43; VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, p. 108. Al hilo de estas reflexiones, SÁDABA, *El perdón*, p. 71, subraya que la existencia de lo imperdonable significa que el perdón es limitado.

Sobre los pensamientos de ARENDT, vid. NINO, *Radical evil on trial*, pp. vii-viii, 135-148, quien concluye la imposibilidad de establecer una proporcionalidad entre la magnitud del hecho cometido (dado que la extensión de la atrocidad en el denominado *radical evil* es inaprehensible) y el castigo - culpa del autor. Por tanto, NINO advierte que la teoría de la retribución (aun estableciendo una visión determinista que resalte el aspecto descriptivo de la culpabilidad), no es apropiada para enfrentarse al *radical evil*, sino que éste habrá de abordarse a través de la teoría de la prevención (basada en los principios de protección prudencial de la sociedad y de la autonomía personal).

²⁰⁸⁹ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 128: «*El punto de encuentro entre la justicia y la gracia, en el nivel de referencia jurídico-penal, se halla en que tanto la punición como la liberación misericordiosa de la punición producen una invalidación del mensaje expresado en el hecho imputable al condenado o agraciado. De ahí que pueda llegar a describirse como “equivalentes funcionales”*»; mismo autor, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», pp. 25-27: «*la amnistía debe ser considerada un equivalente funcional de la pena. Que la amnistía constituya un equivalente funcional de la pena significa que la amnistía debe hacer posible la solución del conflicto sin pena*» (p. 27).

²⁰⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, «Doctrines Regarding “The fight against impunity” and “the victim’s right for the perpetrator to be punished”», pp. 878-879.

²⁰⁹¹ TAMARIT SUMALLA, «Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad», p. 64.

²⁰⁹² TAMARIT SUMALLA, *ibid.*, pp. 64-65.

²⁰⁹³ TAMARIT SUMALLA, *ibid.*, p. 65, nota 58.

²⁰⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, p. 309. FLETCHER, «The place of victims in the theory of retribution», p. 51; HÖRNLE, «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», p. 950; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», p. 34, nota 128.

previo, al indicar la necesidad de atender a la conducta de reparación desplegada por el autor con posterioridad al hecho y antes de que la sentencia sea dictada, para regular el pronunciamiento que la sentencia haya de contener²⁰⁹⁵), en la medida en que sus estimulantes planteamientos se refieren a la posibilidad de encontrar equivalentes funcionales a la pena, no pueden discriminarse por si fueran extrapolables al ámbito de la institución del indulto.

Asumiendo premisas de prevención estabilizadora, siempre que los efectos preventivo-generales no se vean perjudicados y si los intereses de las víctimas fueran adecuadamente satisfechos, es defendible, para dicho autor, el dictado de una declaración de culpabilidad por parte de una autoridad pública –con identificación del culpable y de la existencia del injusto– que, partiendo de aquella declaración, pudiera contener la imposición de una pena de prisión atenuada, sustituirla por otro tipo de penas o, incluso, su reemplazo por otros mecanismos alternativos de estabilización, como el recurso a los procesos de mediación. Para ello, según dicho autor, ha de atenderse a dos elementos: el posible resultado satisfactorio alcanzado en aquellos procesos de mediación o el esfuerzo reparador desplegado por el autor antes del dictado de la sentencia y tras cometer el delito²⁰⁹⁶.

No obstante, de forma semejante a la precaución que SILVA SÁNCHEZ estaría obligado a efectuar dado el actual modelo social, FEIJOO SÁNCHEZ vendría expresamente a reconocer que *«necesitamos estabilizar las normas cuando son vulneradas y, por ahora, no hemos encontrado otro recurso en los casos de mayor gravedad, aquellos en los que se vulneran las normas más básicas, que imponer intensas restricciones de derechos a los infractores responsables, de tal manera que la sociedad lo perciba como una comunicación a tomar en serio. Ése es el sentido de la pena como institución jurídica»*²⁰⁹⁷.

Sin embargo, y a pesar de haber ya reconocido el carácter intelectualmente inspirador y estimulante de las propuestas que consideran el indulto como un equivalente funcional a la pena, asumiendo que lo que plantean no es una eliminación y superación de la pena por el indulto en todo caso (¿o sí?²⁰⁹⁸), aquéllas no determinan en qué concretos supuestos sería asumible esa intercambiabilidad entre pena y el perdón, sino que, como ocurriera con el subgrupo cuantitativo, servirían para justificar la inocuidad del indulto (perspectiva negativa) desde los postulados de la prevención general positiva.

²⁰⁹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, p. 312.

²⁰⁹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *ibid.*, pp. 312–318.

²⁰⁹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 318; matizando, mismo autor, «La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo», pp. 116-117: *«cuando se trata de delitos graves, violentos, dolorosos y cometidos por personas plenamente imputables la sociedad no ha encontrado alternativas a la ejecución de la pena como acto comunicativo de desaprobación (...). Por tanto, la pena no es una comunicación a la que se vincula un mal sino que el mal es un elemento específico de la comunicación penal –aunque a veces el mal quede en suspenso– (...). Determinados hechos de extrema gravedad no permiten otro tipo de comunicación, al menos en el contexto de las sociedades que conocemos. (...) En casos de una victimización intensa como un asesinato o una mutilación gravísima no cabe descartar que la renuncia al castigo sea percibida no solo por la propia víctima sino también socialmente como un cierto escarnio, desprecio o, al menos, falta de reconocimiento (...). Tras un delito de estas características no es suficiente con que el autor quede señalado como delincuente, sino que debe ser tratado como un delincuente».*

²⁰⁹⁸ BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», p. 20, acerca de la necesidad futura de prescindir de la sanción penal.

Partiendo de la imprevisibilidad esencial del perdón que se defiende, no justifican positivamente cuándo dicha sustitución es posible, en qué casos se permite su concesión (perspectiva positiva) lo que, en último término, genera dudas sobre el posible mantenimiento de dichas teorías desde una perspectiva de igualdad. Por tanto, para el objeto material de la presente investigación, centrado en este estadio en analizar las finalidades asignadas a la figura desde las distintas teorías de justificación de la pena, aquéllas devienen irrelevantes.

Aunque la irrelevancia para esta investigación no se deriva en modo alguno de las dudas que pudieran surgir desde el plano del principio de igualdad, las revelaciones de ARENDT sobre el carácter eminentemente desigualitario del perdón –el tratamiento relativo de su concesión–, en respuesta a la imprevisibilidad esencial de su otorgamiento²⁰⁹⁹, conllevarían, en último término, la imposibilidad sobrevenida de asumir postulados estructuralmente no susceptibles de ser mantenidos en un Estado de Derecho que acoja aquel principio como basal.

Sin embargo, en contraposición a estas construcciones, DIMOULIS llega a elaborar, a partir de los mimbres de las teorías analizadas, una propuesta (en clave positiva) sobre la potencial función del indulto dirigida al cumplimiento de los fines asignados a la pena por aquéllas.

5.3.1.2.1.4. El indulto como instrumento positivo de legitimación del sistema penal: las construcciones teóricas de DIMOULIS

DIMOULIS advierte, a modo de introducción, que su objetivo no es demostrar que ningún efecto contraproducente al fin asignado a la pena como elemento integrador de la sociedad o como instrumento de estabilización y reconocimiento de la norma tendría un indulto concedido respecto de una pena que se reputase injusta, un castigo desproporcionado, si la condena afecta a un inocente o si la ejecución se refiere a un sujeto condenado gravemente enfermo (cuando la sentencia sea injusta –en sentido amplio– o se perciba como tal²¹⁰⁰); sino elaborar una teoría de carácter positivo²¹⁰¹: ¿cuándo el indulto sería empleado, positivamente, para alcanzar los fines asignados a la pena desde las teorías de la prevención general positiva?

²⁰⁹⁹ ARENDT, «Bertol Brecht: 1898-1956», *The New Yorker*, 5 de noviembre de 1966, en *Men in Dark Times*, Ed. Harcourt Brace & Company, San Diego et al., 1995, reimpr., pp. 248-249, en el seno de las reflexiones dedicadas a Bertol Brecht: «*Every judgment is open to forgiveness, every act of judging can change into an act of forgiving; to judge and to forgive are but the two sides of the same coin. But the two sides follow different rules. The majesty of the law demands that we be equal –the only our acts count, and not the person who committed them. The act of forgiving, on the contrary, takes the person into account; no pardon pardons murder or theft but only the murderer or the thief. We always forgive somebody, never something, and this is the reason people think that only love can forgive. But, with or without love, we forgive for the sake of the person, and while justice demands that all be equal, mercy insists on inequality –an inequality implying that every man is, or should be, more than whatever he did or archived. (...) The standard that rules in this domain of inequality is still contained in the old Roman saying “Quod licet lovi non licet bovi”, what is permitted to Jove is not permitted to an ox*».

²¹⁰⁰ De este modo, DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, p. 415, defiende que todo el sentido tutelar y preventivo de la función penal habría de proscribir las instituciones de la amnistía y el indulto, solo comprensibles allí donde la idea de un castigo injusto o inequitativo se presentase ante la mente.

²¹⁰¹ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 450-452: «*Wenn die Strafe “ungerecht” ist, unverhältnismäßig hart, einem Unschuldigen auferlegt wird, oder an einem schwer kranken vollstreckt wird, existiert kein gesellschaftliches Bestrafungsbedürfnis. Im Gegenteil schwächt die Strafvollstreckung die Effekte der sog. Positiven Generalprävention, d.h. sie widerspricht dem Bestreben, den Bestrafungsvorgang als notwendig und gerecht darzustellen und schadet dem bezweckten Vertrauen in die Institutionen; sie tendiert*

A estas alturas de la investigación, no sorprende que el autor desdoble la potencial utilización de la figura del indulto en dos escenarios: el escenario de normalidad y un escenario que caracteriza como de excepción, de estado o situación de emergencia (*Ausnahmesituation*), vinculado a cambios políticos ocurridos en una sociedad²¹⁰². Escenarios que, en el ámbito de esta investigación, han quedado identificados como de justicia de transición.

DIMOULIS defiende que la figura del indulto pueda reputarse funcional en estos escenarios excepcionales, de cambio político (como, por ejemplo, en un contexto después de una guerra civil²¹⁰³), en los que se pueda constatar, a título de ejemplo, el cambio en la consideración social de un delito, de manera que la ejecución de la pena se perciba como injustificada y, por consiguiente, no se deduzca la necesidad desde la prevención general²¹⁰⁴.

Al analizar los escenarios de normalidad, DIMOULIS advierte que el indulto puede servir como mecanismo para alcanzar los fines de prevención general positiva, aunque apunta, desde el inicio de sus construcciones teóricas, que pudieran encontrarse, sin mayores obstáculos, otros recursos o alternativas que lo reemplazaran en dicha finalidad²¹⁰⁵.

Dicho autor parte de la idea, apuntada por FEIJOO SÁNCHEZ²¹⁰⁶, de que en determinados casos en los que el indulto se concede, por ejemplo, porque la pena impuesta sea injusta, si en vez de concederse el perdón se ejecutase la pena, esa exacción del castigo debilita la finalidad de la prevención general positiva. La aminora en la medida en que vendría a contradecir el empeño de presentar el procedimiento penal como necesario y justo y, al tiempo, daña la confianza en las instituciones, negando la legitimación del sistema de Derecho penal al demostrar tanto su rigidez como su disfunción²¹⁰⁷.

Se trata de aquellos supuestos en los que se reconoce y emplea al indulto como medio para la reparación de los errores de la justicia (que no deja de ser humana, ergo falible), a los fines de alcanzar la justicia material²¹⁰⁸. Dicho mecanismo, cual válvula de escape, estaría dirigido a proporcionar una respuesta rápida y efectiva a la crisis de legitimación del sistema penal en el marco de la imposición de la pena, sin que fuera requerido acudir a una reforma del

also dazu, dem Strafrechtssystem die Legitimation abzusprechen, indem sie dessen Starrheit und Disfunktionalitäten aufzeigt. Dagegen hat eine Begnadigung außer der unmittelbaren auch eine symbolisch "befreiende" Wirkung, indem sie der Öffentlichkeit zeigt, daß das Strafrechtssystem seine Mängel selbst korrigiert und die notwendige Anpassungsfähigkeit in Krisensituationen besitzt» (pp. 450-451).

²¹⁰² DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 465.

²¹⁰³ DIMOULIS, *ibid.*, pp. 466-467.

²¹⁰⁴ DIMOULIS, *ibid.*, pp. 465-472 (especialmente, pp. 465-466).

²¹⁰⁵ DIMOULIS, *ibid.*, pp. 602-604.

²¹⁰⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, p. 311: «no cabe estabilizar normas a través de un trato injusto del autor».

²¹⁰⁷ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 450-451.

²¹⁰⁸ DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», pp. 357-359.

sistema²¹⁰⁹. En este sentido, DIMOULIS identifica al indulto como *contrarreforma penal (strafrechtliche Gegenreform)*²¹¹⁰.

En estos escenarios, el indulto tendría no solo una función directa sino un efecto simbólico-liberador en el que demuestra públicamente que el sistema de Derecho penal corrige sus propias deficiencias y tiene la capacidad de adaptación necesaria en situaciones de crisis²¹¹¹. La clave para conceder el indulto no estaría, así, radicada en el yerro que pueda predicarse de la concreta sentencia, sino en la falta de necesidad en términos de prevención general positiva²¹¹². El indulto se erigiría, de esta forma, como un instrumento positivo de legitimación del sistema penal²¹¹³. No se representa, para DIMOULIS, como un cuerpo extraño, sino que se constituye como una pieza integradora de aquél²¹¹⁴. Se trataría, como ya expusiera CADALSO, de asumir que el indulto, aunque no se integre funcionalmente en la administración de justicia, viene a relacionarse estrechamente con ella y constituye un acto esencialmente justo²¹¹⁵.

Alcanzadas dichas conclusiones, el propio autor reconoce que, de abolirse conceptualmente la institución por una racionalización del sistema penal, no se generan déficits estructurales²¹¹⁶. No existirían, en la práctica, según dicho autor, obstáculos insalvables para que esa derogación se materializara. Sin embargo, y a pesar de reiterar en que su derogación no encontraría impedimentos insuperables –pues el indulto, según dicho autor, no representa un interés vital–²¹¹⁷, apuesta a que la figura no desaparecerá por tres razones: **(a)** porque el poder ejecutivo nunca querría perder su tradicional poder²¹¹⁸; **(b)** por la función simbólica que se le

²¹⁰⁹ Como se advertirá, se trata de un planteamiento cercano a la asunción del indulto como indicador de defectos intrasistémicos, *vid. apartado 4.4.4. El indulto como indicador de defectos intrasistémicos*.

En este sentido, BRAVO RIVERA, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 324-325, 334, identifica al indulto como «institución que cierra el sistema, que modula el sistema» (p. 324).

²¹¹⁰ DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», p. 368.

²¹¹¹ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 450-452.

²¹¹² DIMOULIS, *ibid.*, p. 451.

²¹¹³ DIMOULIS, *ibid.*, pp. 600-601; mismo autor, «Die Gnade als Symbol», pp. 363-368.

²¹¹⁴ DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», p. 368.

²¹¹⁵ CADALSO, *La libertad condicional*, p. 206.

²¹¹⁶ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 602. En contra, BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency», pp. 2, 5, 26, 17-18, al entenderlo como un elemento necesario para un sistema de justicia penal plenamente funcional, como elemento de equilibrio del sistema, concluyendo que, si se atrofia la clemencia, se atrofiaría el sistema. Sobre su función estructural, BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», pp. 802, 807-808, 832-861, 869, incide en su función de control del Presidente a los miembros del Ministerio Fiscal. La actuación del Presidente a través del ejercicio del perdón serviría para indicar las pautas de actuación que deben seguir los miembros del Ministerio Público para, también, garantizar uniformidad: «Clemency provides an ex post corrective for cases the President believes were charged inappropriately» (p. 836). BARKOW advierte que su postura no debe verse como una politización de la acusación (p. 838) y que se representa como una herramienta útil cuando en un ordenamiento se produce una escalada de endurecimiento de la legislación, esperando que sean los Fiscales quienes lo limiten y éstos se encuentran ante un escenario de incertidumbre, sin claras pautas de actuación (pp. 856-859).

²¹¹⁷ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 603: «ihre Erhaltung auf keinen Fall als „lebensnotwendiges“ Interesse für den Bestrafungsvorgang erachtet werden kann. Ihre untergeordnete Bedeutung ist auf jeden Fall erkennbar, sowohl in ihrem Dasein als „vegetierenden“ Instituts jenseits der großen Veränderungen und der via regia der Legitimierung des Strafrechtssystems, als auch in ihrer eventuellen Abschaffung, die auf keinen unüberwindbaren Hindernisse stoßen würde».

²¹¹⁸ En idéntico sentido, FANEGA, «El indulto», p. 114; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 70-71; VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (7:28).

asigna a la institución; y **(c)** porque, en el seno de contextos de crisis, escenarios excepcionales, supone un mecanismo único que, gracias a su flexibilidad, no parece sustituible por la libertad condicional o la amnistía –que, en estos casos, no representarían equivalentes funcionales–²¹¹⁹.

El primero de los argumentos, aunque se considerase acertado, debe reputarse intrascendente para el objeto de esta investigación. Sin embargo, resulta de especial interés para nuestro estudio cerrar el planteamiento dogmático de DIMOULIS en relación con el empleo del indulto en escenarios de normalidad. En relación a la función simbólica **(b)**, dicho autor concluye que el hecho de que pueda asignársele dicha tarea a la institución del indulto, relacionada con la garantía de la satisfacción de la justicia material que permite que las personas confíen en el sistema²¹²⁰, no implica que dicha institución tenga que ser aceptada sin más y que tenga que acogerse como una figura eterna²¹²¹. En la medida en que se representa como una última ilusión (*letzte Täuschung*) de una imaginaria garantía de justicia de la pena (que se materializa en pocos casos), el recurso al indulto puede superarse por el desarrollo de otras formas de solución de conflictos en el sistema²¹²².

Precisamente las conclusiones de DIMOULIS nos deslizan al siguiente epígrafe, también conclusivo, de este apartado.

5.3.1.2.2. Conclusiones y contraste de premisas de partida

Desbrozando aquellas reflexiones de las que no se derivaría finalidad asignada al indulto alguna, los argumentos empleados por los defensores de las teorías de la prevención general positiva para su otorgamiento son sistematizables en dos categorías: el indulto como elemento a emplear en situaciones excepcionales y el indulto como instrumento a utilizar en entornos normales.

Respecto de los entornos de normalidad, la presente investigación ha identificado las tres funciones (positivas) asignadas desde las premisas de la prevención general positiva a la institución del indulto: la corrección de errores judiciales, el acompasamiento del texto de la ley a las nuevas normas de valoración (JAKOBS) y su utilización como instrumento en respuesta a las crisis del sistema penal, actuando como elemento autónomo de legitimación (DIMOULIS).

Sin embargo, si de lo que se trata es de defender acudir al indulto al advertirse un error judicial que haya conllevado el dictado de una sentencia condenatoria errada, atendidos los derechos y libertades fundamentales que están comprometidos, dicha equivocación ha de corregirse a través del sistema de recursos establecido al efecto y, como remedio procesal último, acudir al recurso de revisión²¹²³.

²¹¹⁹ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 603.

²¹²⁰ DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», pp. 365-366.

²¹²¹ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 604.

²¹²² DIMOULIS, *ibid.*, p. 604.

²¹²³ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25: «[los errores judiciales] fueron otra de las materias clásicas del derecho de gracia, probablemente por la imperfección del sistema de recursos del antiguo Derecho penal. En el Derecho moderno, por el contrario, los errores judiciales tienen un remedio judicial específico en el sistema de recursos. La posibilidad de apelación, de casación y, sobre todo, de revisión

Tal y como ha materializado nuestro legislador con la aprobación de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, de considerarse insuficiente dicho sistema de recursos o detectarse fallas en él, la solución ha de pasar por la reforma de los mecanismos ya existentes, a los fines de corregir los potenciales yerros judiciales que puedan haberse cometido (**vid. apartado 4.3.5.**).

Si se considera que la disfunción que ha de resolver el indulto, como remedio, es que el texto de la ley ha quedado obsoleto, nada impide su reforma (y la consiguiente revisión de las sentencias dictadas antes de la aprobación de tal modificación). Ello sería predicable tanto para adaptar la consideración social respecto de la norma de comportamiento –considerando atípica una conducta que ya no se quiere continuar considerando como delito–, como para adecuar, minorándolo, el *quantum* de la pena que se querría imponer a un delito en concreto (**vid. sección 4.3.4.**).

Por último y como reconociese el propio DIMOULIS, la institución del indulto como instrumento de legitimación del sistema puede ser superado por otros mecanismos que cumplen el mismo fin que a aquél se le asigna.

El Estado de Derecho y el sistema penal dentro de él asumen su falibilidad y se han dotado de mecanismos intrasistémicos que les permiten legitimarse de forma autorreferenciada, como sistemas que son, con potencial aplicación *erga omnes*. Frente a dichas instituciones, debe dudarse de que el indulto resulte satisfactorio y, menos aún, prioritario.

Si esta función asignada al indulto supone que la comunidad crea, confíe y se afirme en el propio sistema de Derecho penal, ya que sus miembros advierten que cuando en su seno se alcance una resolución injusta o percibida como tal, ésta sea aplacada o expulsada, corregida, debe dudarse de que para alcanzar dicho efecto legitimador (basado esencialmente, como advierte DIMOULIS, en ese mensaje comunicativo hacia la sociedad, como generalidad) se prefiera una medida que, discrecionalmente adoptada, pueda afectar a un individuo singular, frente a aquellas respecto de las que existen garantías de que podrán ser aplicadas a cualquier miembro de la comunidad que pudiera verse afectado por potenciales yerros del sistema.

De esta forma y en este sentido, el indulto ha sido superado por el sistema de recursos (incluyéndose el recurso de revisión), la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad del texto normativo o la reforma de la ley con la correspondiente previsión de su aplicación retroactiva, de reconocerse como beneficiosa para el reo (**vid. apartado 4.4.4.**).

Por último y en paralelo, esta investigación ha constatado que, en el seno de las teorías de prevención general positiva, se acepta acudir, como recurso, a la figura del indulto en contextos excepcionales, caracterizados por configurarse como situaciones de emergencia o necesidad²¹²⁴. Al ser escenarios cualitativamente extraordinarios, el empleo del indulto no

(...), hace extremadamente difícil que los errores judiciales merecedores de reparación no la tengan a través de los recursos previstos en el moderno proceso penal».

²¹²⁴ AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», pp. 39-40: «De hecho, el argumento del Estado de derecho supone una serie de otros argumentos a favor de la persecución que son habitualmente conocidos en el debate sobre los fines de la pena: la no persecución minaría la efectividad de disuasión del derecho penal, la

impacta negativamente en el fin asignado a la pena; ni desde la perspectiva integradora, ni en relación con los postulados estabilizadores.

| Justificación del empleo del indulto por las teorías de prevención general positiva | Institución que reemplaza o supera el empleo del indulto |
|--|--|
| Errores judiciales | Sistema de recursos (recurso de revisión) |
| Norma de comportamiento ya no debería ser objeto de sanción penal (o debería aliviarse la consecuencia jurídica anudada) | Reforma legal (transformar en atípica o atenuación) y revisión de sentencias dictadas |
| Instrumento de legitimación del sistema penal | <ul style="list-style-type: none"> - Legitimación a través de otros mecanismos intrasistémicos, en función del error que pretenda solventarse al acudir al indulto - Conjunto de mecanismos de legitimación autorreferencial: sistema de recursos (recurso de revisión); declaración de inconstitucionalidad; modificación normativa (propuesta ex art. 4. 3 CP o iniciativa legislativa ex arts. 87 CE) junto con aplicación retroactiva de la ley más favorable al condenado |

En conclusión, el proceso de identificación y análisis efectuado, permite, respecto de las teorías de la prevención general positiva, verificar también el enunciado de nuestra tesis. En un escenario de normalidad, las razones que justificaban emplear la figura del indulto se han cubierto, superándolo, por instituciones apropiadas que se reputan menos distorsionantes en el seno de un Estado de Derecho. Por el contrario, en escenarios identificados como de justicia de transición, la figura del indulto puede ser considerada como una potencial herramienta.

5.3.2. Teorías de la prevención especial

Las teorías de la prevención especial justifican la imposición de la pena en conseguir que el autor de un delito no cometa ilícitos a futuro²¹²⁵. El foco de atención radica en el sujeto, superando un análisis centrado en su acto²¹²⁶. Aquel objetivo podría satisfacerse tanto a través de una intimidación personal o inoquización del individuo, reteniéndolo y neutralizando su capacidad de actuar para impedir su comisión (perspectiva negativa); como por una

persecución reintegra a la víctimas el estatus de conciudadanos, envía el mensaje correcto a los autores y también a la sociedad en general (prevención general y especial negativas) y reafirma los valores de una sociedad dada (prevención general positiva). La reafirmación de valores tales como el derecho a la vida, la integridad corporal y la libertad tiene un efecto estabilizador para el nuevo sistema democrático y muestra la dimensión moral de la cuestión. A pesar de todos estos convincentes argumentos a favor de la persecución, el deber de perseguir es considerado en general una regla o principio y como tal permite excepciones –estrictamente definidas–. Desde un punto de vista político, la necesidad práctica de un instrumento de negociación –aunque como último recurso– en procesos de paz o reconciliación internos exige un enfoque más flexible».

²¹²⁵ VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht, Zu der am 15. October 1882 Vormittags 11 ½ Uhr stattfindenden feierlichen Einführung des neuen Rectors der Universität*, Imprenta de C.L. Pfeil, Marburgo, 1882, p. 31: «Die Strafe ist Prävention durch Repression; oder wie wir ebensogut sagen dürfen: Repression durch Prävention».

²¹²⁶ SARAT, *Mercy on trial*, pp. 94-95; WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 52.

reeducación y resocialización del autor²¹²⁷ (perspectiva positiva). Para sus valedores, el objetivo último al que debe orientarse la pena, incluso las de prisión de larga duración²¹²⁸, es la completa resocialización del autor²¹²⁹.

Esta última vertiente respalda que las circunstancias del sujeto, su personal situación y su potencial buen comportamiento fueran considerados en dos momentos que llegan a quedar fundidos²¹³⁰: en la determinación de la pena a imponer y durante la ejecución del castigo. Con ello se pretende la reintegración del autor en sociedad y, satisfecha la reinserción, la erradicación, en cuanto supresión, de su condena y del estigma asociado a ella²¹³¹. Así se refleja en las bautizadas como Leyes Bérenger, en honor al senador que impulsó su aprobación, sancionadas en Francia el 14 de agosto de 1885, de liberación condicional, y el 26 de marzo de 1891, sobre atenuación y agravación de las penas²¹³². Resulta ilustrativo de la idea expuesta que, en el primer precepto de esa última Ley, al referir la posibilidad de suspender la ejecución de la pena impuesta tras el transcurso del plazo condicional fijado, se ordene asumir que aquella condena se tenga como nunca habida²¹³³.

Por consiguiente, las premisas que vertebran estas construcciones dogmáticas, proyectadas tanto en la aplicación de la pena como en la ejecución de ésta²¹³⁴, son prospectivas y subjetivas²¹³⁵.

²¹²⁷ Vid. GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, pp. 24-30, sobre la discusión conceptual de la «resocialización», cuyo punto común sería la modalidad de la finalidad preventiva especial de la pena que está al servicio de la evitación de una recaída en la delincuencia por parte del sujeto infractor (p. 25).

²¹²⁸ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 25-26.

²¹²⁹ ANCEL, *Social Defense, A modern approach to criminal problems*, trad. por ANCEL/WILSON, Ed. Routledge, Londres, 1998, reimpr., pp. 156-157, sobre el tratamiento del delincuente para perseguir una genuina y efectiva readaptación social, desde la fase de instrucción hasta la ejecución de la pena: «*The emergence of the notion of "treatment of offenders" also makes it clear that the criminal trial should henceforth be envisaged to longer simply as the judgement in law of an act which is classified as an offence, but as a continuous process which begins with the charge initially brought against a person after the offence was committed and ends only with the conclusion of the last measure taken against the offender*».

²¹³⁰ MITTERMAIER, «Dr. Mittermaier on the Indeterminate Sentence», pp. 303-304.

²¹³¹ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», p. 90. También, GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, pp. 278-279.

JÄHNE, Directora de la sección Gnadenrecht del Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz de Berlín, en reunión celebrada el 7 de junio de 2016, destaca la supresión de la estigmatización como una de las principales funciones que se asignan al indulto como instrumento resocializador.

²¹³² ANCEL, *Suspended sentence*, pp. 1-19, sobre sus antecedentes.

²¹³³ Art. 1 de la Ley de 26 de marzo de 1891, sur l'atténuation et l'aggravation des peines, de la République Française, que regulaba la suspensión de la ejecución de la pena: «*En cas de condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende, si l'inculpé n'a pas subi de condamnation antérieure à la prison pour crime ou délit de droit commun, les cours ou tribunaux peuvent ordonner par le même jugement et par décision motivée qu'il sera sursis à l'exécution de la peine. Si, pendant le délai de cinq ans à dater du jugement ou de l'arrêt, le condamné n'a encouru aucune poursuite suivie de condamnation à l'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la condamnation sera comme non avenue*».

²¹³⁴ GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, pp. 24, 59-64.

²¹³⁵ ANCEL, *Suspended sentence*, p. 10: «*gradually it was seen that several categories of convicts existed and that the individual who incurred a punishment should not be considered as an abstract and depersonalized being in the penal institution. The sentence was no longer thought of as a modern version of the ancient practice of branding the criminal with a red-hot iron: it was applied to an individual according to his personal characteristics, assessed biologically, psychologically and anthropologically*».

Tradicionalmente, el nacimiento de dichas teorías preventivas se ha identificado con la difusión del Programa de Marburgo por VON LISZT en 1882²¹³⁶.

Para el jurista de origen vienés, los fines de la pena se sistematizan en corrección, intimidación y neutralización (*Besserung, Abschreckung* y *Unschädlichmachung*)²¹³⁷. Partiendo de esos mimbres, VON LISZT aboga por una ejecución flexible de la pena, centrando su atención en la persona del delincuente²¹³⁸. Esa flexibilización de la ejecución se proyecta en los tres escenarios en que se basa su clasificación, en función del tipo de autor ante el que se esté: **(i)** en su propuesta de revisión de las sentencias impuestas a delincuentes incorregibles a quienes hay que inocular (para proteger a la sociedad), dado que los órganos judiciales pueden errar²¹³⁹; **(ii)** en su propuesta de suspensión de la condena para aquellos que necesitan corrección, cuando la pena a imponer no supere el año, dados los negativos efectos que se producen en el condenado si se le hiciera cumplir una pena privativa de libertad corta²¹⁴⁰ –debiendo ser excluidas, en todo caso, las que tuvieran una duración inferior, al menos, a las seis semanas de encierro²¹⁴¹–; o **(iii)** en su defensa de la inadecuación de una sistemática corrección para delincuentes que pudieran clasificarse como ocasionales²¹⁴².

Dada la flexibilización de la ejecución de la pena como elemento estructural del que se partía en los arranques dogmáticos de estas construcciones, podría anticiparse que la figura del indulto nadaría cómodamente en las aguas de las teorías de la prevención especial. Para sus valedores, la pena no debe ser indefectible, automática e irreflexivamente cumplida en sus estrictos términos. Al interrogante de si sería necesaria en cualquier caso la ejecución íntegra del castigo, contestarían negativamente²¹⁴³. Entenderían que, bajo determinadas circunstancias y en estricta observancia del objetivo especial-prevencionista, el tiempo de ejecución de la pena en prisión podría verse acortado, que incluso el ingreso efectivo podría dejarse en suspenso o que las penas privativas de libertad podrían quedar sustituidas por otras menos gravosas (como la de multa –cuya previsión normativa se habría, en la práctica, expandido²¹⁴⁴– o los trabajos en beneficio de la comunidad, si lo consintiera el condenado)²¹⁴⁵.

²¹³⁶ VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, pp. 1-32.

²¹³⁷ VON LISZT, *ibid.*, pp. 23-24.

²¹³⁸ VON LISZT, *ibid.*, pp. 24, 30.

²¹³⁹ VON LISZT, *ibid.*, p. 27: «*Es braucht nicht jede Hoffnung auf Rückkehr in die Gesellschaft ausgeschlossen zu werden. Irrtümer des Richters bleiben ja immer möglich. Aber die Hoffnung müsste eine ganz entfernte, die Entlassung eine ganz ausnahmsweise sein. Alle fünf Jahre könnte der Aufsichtsrat bei dem Landgerichte, in dessen Sprengel die Verurteilung ausgesprochen wurde, den Antrag auf Entlassung stellen. Gibt die Strafkammer diesem Antrage statt, so erfolgt die Übergabe an die unten zu erwähnenden Besserungsanstalten. Schlechte Führung hat Rückversetzung in das Arbeitshaus zur Folge.*».

MITTERMAIER, «Dr. Mittermaier on the Indeterminate Sentence», pp. 304-305, llega a proponer la sentencia indeterminada para este grupo de delincuentes.

²¹⁴⁰ VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, p. 28: «*Das Minimum der hier eintretenden Freiheitsstrafe dürfte daher m. E. nicht unter ein Jahr herabsinken. Es gibt nichts entsittlicheres und widersinnigeres als unsre kurzzeitigen Freiheitsstrafen gegen die Lehrlinge auf der Bahn des Verbrechen.*».

²¹⁴¹ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben II», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 9, núm. 6, 1889, pp. 775-776.

²¹⁴² VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, p. 31.

²¹⁴³ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, p. 106.

²¹⁴⁴ OSTOS MOTA, «El indulto», p. 1068.

²¹⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», p. 6: «*es bien conocido que la intimidación individual se consigue en muchas ocasiones sobradamente con la misma sentencia condenatoria;*».

Por consiguiente, figuras tales como la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad²¹⁴⁶, la sustitución de castigos²¹⁴⁷, la condena condicional²¹⁴⁸, la libertad condicional²¹⁴⁹ o la rebaja o remisión de la condena²¹⁵⁰, pero también el indulto²¹⁵¹ –compatible, en principio, con aquéllas²¹⁵²–, encajan sin mayores dificultades en los postulados de las teorías de la prevención especial²¹⁵³. Esta apriorística compatibilidad viene a deducirse de un aspecto fundamental, cual es la consideración de todas ellas como un haz de medidas que comparten el denominador común de la indulgencia. De ello se deriva que no resulte extraño que, desde

a su vez, las pretensiones de resocialización o inocuización del delincuente pueden verse sustancialmente modificadas con el transcurso de un tiempo significativo desde la sentencia firme, dadas las variaciones que se pueden registrar durante ese periodo de inexecución de la pena, sea en las circunstancias personales o el comportamiento del culpable, sea en la realidad social en que éste se desenvuelve».

LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 147-153, 163, enumera como medidas alternativas a la pena privativa de libertad: la multa, la inhabilitación (incapacitadora), la localización permanente, los trabajos en beneficio de la comunidad y la suspensión de la pena. A pesar de su amplitud (y de que se consideren más justas, más rehabilitadoras y más económicas –p. 163–) la autora critica que el legislador deje poco margen para aplicarlas (p. 147).

²¹⁴⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», pp. 14, 20-21: «*La suspensión de la pena es una institución que (...) persigue mayoritariamente fines resocializadores*» (p. 20); GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 29-30, 32-44; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 32; NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, p. 6, quien incide en las diferencias entre la suspensión condicional y el indulto (radicadas en el momento en que se extingue la responsabilidad penal y momento de ser acordada).

²¹⁴⁷ PRINS, «Bericht über die erste Jahresversammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung, gehalten zu Brüssel am 7. und 8. August 1889», en *Mittlungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, núm. 3, Ed. J. Guttentag, Berlín, noviembre de 1889, p. 189.

²¹⁴⁸ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 247-382; PRINS, «Condamnation conditionelle», en *Mittlungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, núm. 1, Ed. J. Guttentag, Berlín, mayo de 1889, con motivo de la primera reunión anual de la Unión Internacional de Derecho Penal celebrada el 7 y 8 de agosto de 1889 en Bruselas, se posicionó a su favor para concretos supuestos, con un texto fechado el anterior 6 de mayo de 1889. PRINS asumía la figura de la condena condicional como una medida sana y justa: «*Appliquée aux délinquants sans passé judiciaire elle est suffisamment préventive et répond ainsi aux désirs des pénologues. Elle corrige les excès d'un système dont le résultat est d'encombrer les prisons d'une foule de détenus qui les traversent trop rapidement, parfois au détriment de leur avenir et toujours sans profit pour la société. La science pénale peut en conséquence, dans le domaine de la petite criminalité, recommander cette réforme légale, espérer sa généralisation et attendre avec confiance ses résultats*».

²¹⁴⁹ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben I», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 9, núms. 4-5, 1889, p. 495.

²¹⁵⁰ Ya en los arts. 144 a 155 del CP 1822, se establecía un sistema de rebajas y rehabilitaciones a delincuentes que se hubieran arrepentido o enmendado.

²¹⁵¹ OSTOS MOTA, «El indulto», p. 1059, defiende su subsistencia para permitir mantener la posibilidad de «*regeneración personal*».

²¹⁵² GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 237-240; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 12.

En Derecho comparado, se localizan excepciones a tal compatibilidad; por ejemplo, los § 1. 2 y 1. 3 de las Rules governing petitions for executive clemency, aprobadas por el Departamento de Justicia de EE. UU.

²¹⁵³ LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 517: «*Como demuestra Bacigalupo, el indulto enseñó en el siglo XIX que, frente a las ideas absolutas y de la prevención general, no resultaba siempre necesario el cumplimiento de la pena. Hoy más que nunca hay que recordar que instituciones como la condena condicional, la sustitución o la libertad condicional, "perdones" estatales en cuanto renuncia al cumplimiento (completo) de la pena, pueden servir a los fines del Derecho penal en ciertos casos mejor que el cumplimiento de la pena de prisión impuesta. (...) El indulto no podrá desaparecer hasta que las posibilidades de renuncia estatal al castigo penal por razones preventivo-especiales no se articulen correctamente a través de leyes y procedimientos judiciales*».

Escéptico, ORLANDO, *Principii di Diritto Costituzionale*, p. 222, § 290, al entender que a través del indulto no se conseguiría la rehabilitación del condenado al afectar solo a la pena, remitiéndola.

principios del siglo XX, se efectúe, en ocasiones, respecto de ellas, un tratamiento dogmático conjunto²¹⁵⁴.

Además y en atención no solo a la centralidad de la figura del condenado sino al fin de reeducación y resocialización que las vertientes positivas apoyan –atendiendo, incluso, a las condiciones *post executio* que habría de observarse para materializarla con éxito (vivienda o posibilidad de obtención de ingresos)²¹⁵⁵–, la propia ejecución de todas las penas ha de orientarse a satisfacer tal objetivo, justificándose la adopción de un régimen individualizado que adapte la propia ejecución de la condena al sujeto y que, bajo determinadas circunstancias, pueda conllevar la adopción de beneficios penitenciarios (incluido el otorgamiento de un indulto, como máxima recompensa²¹⁵⁶, cuando el penado hubiera consiga su *reforma* antes de alcanzarse el fin determinado en la liquidación de su pena²¹⁵⁷).

Siguiendo una tradición histórica que se remonta al Reglamento del Presidio de Cádiz de 26 de marzo de 1805²¹⁵⁸ y a la Ordenanza General de los Presidios del Reino emitida el 14 de abril de 1834, base del actual art. 206 RP²¹⁵⁹, en nuestro Derecho positivo vigente, tanto el art. 25. 2 CE –en el que se preceptúa la orientación hacia la reinserción social y la reeducación de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad– como el art. 80 CP relativo al régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad –en el que se informa la adopción de tal decisión cuando sea razonable esperar que la ejecución del castigo no fuera necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos–, plasman aquellos principios²¹⁶⁰.

Adicionalmente, en nuestro ordenamiento, el órgano enjuiciador queda facultado para condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de prohibiciones y deberes, de resultar necesario para «evitar el peligro de comisión de nuevos delitos»; o someterla a prestaciones o medidas (arts. 83 y 84 CP).

Nótese, además, que la Exposición de Motivos de la Instrucción 17/2007, sobre beneficios penitenciarios e indulto particular, emitida por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el 4 de diciembre de 2007, aludiendo al art. 25. 2 CE, menciona que los beneficios penitenciarios (como lo es el indulto particular *ex art. 206 RP*) responden a la exigencia de la individualización de la pena y se encaminan a conseguir su reeducación y reinserción social como finalidad principal de la pena privativa de libertad. El punto 4. 7 de la Instrucción 9/2007, de 21 de mayo de 2007, sobre clasificación y destino de penados, que posteriormente la 17/2007 completa, también hacía expresa mención al proceso de reinserción y rehabilitación de los condenados.

²¹⁵⁴ Así, por ejemplo, GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 45-243, 245-382; ZAGREBELSKY, *Amnistía, indulto e grazia*, pp. 8-9.

²¹⁵⁵ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 201-202, 210-211.

²¹⁵⁶ GRAU/SCHÄFER, *ibid.*, p. 202.

²¹⁵⁷ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, pp. 143-148.

²¹⁵⁸ LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 33, lo identifica como el primer intento, en nuestra legislación, de adecuar la pena al comportamiento del penado, en atención al valor educativo de la condena y a la personalización de la pena.

²¹⁵⁹ Vid. apartado 4.4.1. *El indulto como mecanismo esperanzador, incentivo y recompensa. Análisis de actuaciones postdelictivas, conductas meritorias o virtuosas y Derecho premial.*

²¹⁶⁰ GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, p. 11.

Las anteriores razones conducen a concluir preliminarmente que, conforme a la investigación efectuada, el enfoque que, por antonomasia, ha justificado el empleo del indulto ha sido, precisamente, el asumido por las teorías de la prevención especial (o por autores que, como vimos que ocurría con BERNER²¹⁶¹, vienen a acoger sus postulados a pesar de defender otras teorías de justificación de la pena). Ello explica que, incluso en la historia de las concesiones de indultos de carácter general en España, se haya llegado a mencionar expresamente la observancia de dicho fin como motivo de su adopción²¹⁶².

Las principales razones del ensamblaje entre la institución del indulto y los postulados defendidos por quienes apoyan estas teorías responden a tres lógicas.

En primer lugar, a que la figura del indulto se llega, en ocasiones, a conceptualizar como instrumento remedial de individualización que garantice al autor una respuesta proporcional²¹⁶³, en atención a sus características personales²¹⁶⁴ y a factores tales como su personalidad²¹⁶⁵, su condición de delincuente primario²¹⁶⁶, su comportamiento previo²¹⁶⁷, su conducta durante el proceso y en el transcurso de la ejecución de la pena²¹⁶⁸, la mutación de sus circunstancias vitales²¹⁶⁹ e, incluso, las prestaciones que hubiera podido procurar, en respuesta a la asunción de aquel planteamiento prospectivo²¹⁷⁰.

La segunda razón radica en el hecho de que estas construcciones fueron campo de cultivo para quienes defendían, no solo durante la ejecución del castigo sino, incluso, en el estadio de aplicación y determinación de la pena, la implantación de mecanismos orientados a sustituir o levantar la pena de prisión (posibilidad de su conversión o su sustitución, condena condicional, suspensión de la ejecución o beneficios penitenciarios²¹⁷¹), dados los perniciosos efectos del

²¹⁶¹ BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, p. 340. Vid. epígrafe 5.2.3.2. *El recurso al indulto en escenarios de normalidad*.

²¹⁶² Decreto de 1 de mayo de 1952, por el que, con ocasión del treinta y cinco Congreso Eucarístico Internacional, de Barcelona, se concede indulto total o parcial a los condenados por delitos comunes y especiales, con la extensión y en los términos que en el mismo se determinan (BOE núm. 131 de 10 de mayo de 1952): «*Ha sido norma de Gobierno, en orden a su política penitenciaria, el hacer compatible la justa sanción impuesta por los Tribunales de Justicia a quienes delinquieron con el deseo de incorporar a la vida social al mayor número de españoles que durante el cumplimiento de sus condenas dieron claras pruebas de arrepentimiento, que permiten estimar han de hacer una vida honrada en libertad. Y a lograr tal fin se encaminaron los Decretos de indulto de nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y siete y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, gracias a cuya aplicación alcanzó su libertad una parte importante de la población reclusa*».

²¹⁶³ WHITMAN, *Harsh Justice*, p. 55: «*mercy, which is always an individualizing process*».

²¹⁶⁴ STS de 23 de enero de 1996.

²¹⁶⁵ STS de 3 de febrero de 2004.

²¹⁶⁶ STS de 12 de julio de 2011 y de 24 de abril de 2000.

ANCEL, *Suspended sentence*, pp. 6-7, sobre la búsqueda de subrogados a la pena de prisión de corta duración por los nocivos efectos que su ejecución acarrearía a delincuentes primarios.

²¹⁶⁷ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, p. 76.

²¹⁶⁸ STS de 15 de abril de 1986 y SAP Madrid núm. 438/2000, de 13 de diciembre.

²¹⁶⁹ SAP Madrid núm. 525/2005, de 29 de diciembre.

²¹⁷⁰ BARKOW, «*Clemency and presidential administration of criminal law*», p. 829; DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 820; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 409-411, 418-421; QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 501; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 73; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 29; SARAT, *Mercy on trial*, pp. 94-95; DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia*, pp. 164-169.

²¹⁷¹ ROXIN, «*Sentido y límites de la pena estatal*», p. 30.

encierro para el sujeto²¹⁷². Ello implica la defensa de la renuncia a la ejecución de la pena, en términos generales, cuando así quedara justificado por fines preventivo-especiales²¹⁷³.

En tercer lugar, el acompasamiento se ve favorecido por el hecho de que doctrina autorizada sostenga que es justamente en la fase de ejecución de la pena, única fase en la que puede aparecer el indulto *post sententiam*, en la que las razones de prevención especial se proyectan o han de tomarse en consideración, aunque no se defienda una teoría monista de prevención especial. Ello explica la aseveración de ROXIN en el sentido de que solo se permite una ejecución resocializadora, dado que los únicos fines de ejecución lícitos son los dirigidos a ese concreto fin²¹⁷⁴.

Asentada la genérica compatibilidad entre la institución del indulto y los postulados de las teorías de la prevención especial, descenderemos a las concretas causas de justificación de su empleo, que distintos adalides de aquéllas han facilitado en su seno.

5.3.2.1. Indulto en el seno de las teorías de prevención especial

5.3.2.1.1. Una introducción: Los ámbitos de aplicación del indulto identificados por VON LISZT, MERKEL y FERRI

En atención a lo mencionado, no resulta extraño que VON LISZT llegara a defender la utilización del indulto. Si bien, y este extremo resulta fundamental, entre las funciones que le asigna no se mencionan objetivos de prevención especial –a renglón seguido veremos por qué–.

VON LISZT identifica tres finalidades que puede otorgarse al indulto: **(i)** Como autocorrección de la justicia, a modo de válvula de seguridad –citando a JHERING–, con el que se permite compatibilizar la rígida generalización de la ley a las exigencias de la justicia material; **(ii)** para mejorar errores judiciales, ya sean verdaderos o presuntos²¹⁷⁵; y **(iii)** para ayudar al triunfo de la inteligencia del Estado, a costa del Derecho²¹⁷⁶.

²¹⁷² MEINI, «La pena: función y presupuestos», p. 149.

²¹⁷³ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 21.

²¹⁷⁴ ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», pp. 31-32.

Sin embargo, MAUGERI, A. M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, p. 722, respecto del Derecho penal internacional, advierte: «*non si nega che in concreto la pena possa perseguire finalità rieducative (...) ma non si tratta sicuramente della finalità presa di mira dal sistema punitivo internazionale, né di una funzione che possa compromettere significativamente il perseguimento delle altre finalità*». Cfr. nota al pie 1975.

²¹⁷⁵ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 75-76, 126-127, consideran las dos primeras justificaciones dadas por VON LISZT como corrección de errores de la sentencia. En el primer grupo comprenden, sin embargo, supuestos excluidos por aquél, como la toma en consideración de consecuencias imprevisibles y no consideradas al dictarse sentencia (por ejemplo, respecto de la psique del condenado o sus condiciones económicas) que, *a posteriori*, la convertirían en demasiado dura. En el segundo grupo comprenden errores judiciales comúnmente resueltos a través de la vía del indulto a principios del siglo XX (como una doble condena, el dictado de una sentencia a pesar de la prescripción de los hechos o condenas por delitos no contemplados en la legislación).

²¹⁷⁶ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Ed. Guttentag, Berlín, 1900, 10ª ed., p. 268. Como ya se advirtió (vid. nota al pie 866), con posterioridad aquella referencia a la inteligencia del Estado quedó sustituida por la de «política» –«*para ayuda al triunfo de la política, a costa del Derecho*»–.

La posición sostenida por VON LISZT quedó indudablemente influenciada por su maestro JHERING²¹⁷⁷, a quien cita expresamente, y en menor medida por la figura de otro de sus profesores, MERKEL, de quien, sin embargo, se distancia en este punto.

MERKEL también identifica tres motivos que podrían fundamentar la concesión del indulto:

(i) Como corrector de la ley que, aplicada al caso concreto, puede ocasionar la adopción de decisiones crueles. Para MERKEL esta función vendría a estar inversamente relacionada con la capacidad asignada a los órganos judiciales para individualizar la ley al caso concreto y, en esta medida, en relación inversa con los valores de la legislación²¹⁷⁸. Su importancia práctica, según dicho autor, habría retrocedido como consecuencia de la labor legislativa y de la asunción de esta tarea por los jueces²¹⁷⁹.

(ii) Para poder tomar en consideración circunstancias que solo surgen durante la ejecución de la sentencia, a favor del condenado. En este grupo destaca la buena orientación y comportamiento del reo, que sería esperable que mantuviera en el futuro. Su positiva consideración, según MERKEL, puede servir como un incentivo o influencia favorable sobre quien cumple condena. Sin embargo, reconoce que esta función, con los límites dispuestos en la normativa de aplicación, ha sido absorbida por la liberación condicional (*vorläufige Entlassung*), prevista en los §§ 22 ss. del Código Penal del Imperio Alemán. Y

(iii) cuando así lo exigieran los intereses del Estado y sus funciones, superando los postulados de las teorías absolutas. MERKEL se refiere al empleo de la función del indulto como instrumento en la vida política. Si bien asume que normalmente la figura empleada es la amnistía, defiende que, excepcionalmente, pueda acudir al indulto cuando se reputa inconveniente o innecesaria la ejecución de la pena en aras de proteger esos intereses comunes²¹⁸⁰.

Sin embargo y a pesar de la influencia que MERKEL pudiera proyectar sobre VON LISZT, no resulta anormal que este último no recogiera entre las posibles utilidades del indulto una suerte de función rehabilitadora o de reinserción social. La respuesta a este fenómeno se extrae del análisis de las ideas que plasmó a lo largo de su obra. De ella puede deducirse: (i) su férrea oposición al empleo del indulto para alcanzar fines de prevención especial –en la

²¹⁷⁷ JHERING, *Der Zweck im Recht*, pp. 330-339.

²¹⁷⁸ MERKEL, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Ed. Ferdinand Enke, Stuttgart, 1889, pp. 250-251.

²¹⁷⁹ MERKEL, *ibid.*, pp. 251-252.

²¹⁸⁰ MERKEL, *ibid.*, pp. 251-253: «*Dem Inhaber des Begnadigungsrechtes liegt es endlich ob, die Wirksamkeit der Strafjustiz im Einklang zu halten mit dem Ganzen der staatlichen Interessen und Aufgaben. Es kann sich mit Rücksicht auf diese als zweckmässig und gerechtfertigt darstellen, auch solche Strafen zu erlassen, welche unter den bisher bezeichneten Gesichtspunkten zu keinem Bedenken Anlass geben. Diese Funktion der Gnade hat im Bereiche der Doktrin meist eine Anerkennung nicht gefunden, wohl aber stets eine solche in der Praxis des Staatslebens. Insbesondere tritt sie regelmässig in der Amnestie hervor, welcher in der Geschichte des politischen Lebens eine nicht geringe Bedeutung zukommt. (...) Jene Praxis aber zeigt, dass der Standpunkt der staatlichen Strafjustiz nicht derjenige der absoluten Strafrechtstheorien war und ist. Ihre Aufgabe ist es, gemeinsame Interessen und die Geltung der für sie bedeutsamen Regeln des Handelns durch Mittel zu schützen, deren geregelte Anwendung erfahrungsgemäss diesem Zwecke dient (...). Sie befindet sich dabei im Einklang mit den herrschenden moralischen Anschauungen und die Wahrung dieses Einklangs ist für die Erreichung ihres Zweckes von wesentlicher Bedeutung (...). Aber die Anwendung jener Mittel kann ausnahmsweise zweckwidrig oder wenigstens entbehrlich sein*» (pp. 251-252).

medida en que no se deja a una decisión al alcance del condenado, sobre la que éste puede y debe necesaria y positivamente influir²¹⁸¹; (ii) la defensa entusiasta de la institución de la condena condicional²¹⁸²—o, como prefirió denominarla, de la suspensión de la ejecución penal (*Aussetzung der Strafvollstreckung*)²¹⁸³—, a pesar de las voces críticas que a ella se enfrentaban²¹⁸⁴; y (iii) por último y como se apuntó en el preámbulo, la necesidad de encontrar mecanismos alternativos que sirvieran para limitar la ejecución de las penas de privación de libertad de corta duración (que, en su opinión, nunca debían ser inferiores al mes y medio)²¹⁸⁵.

VON LISZT parte de tres premisas: acoger un concepto flexible de ejecución de la pena para determinar la duración exacta del cumplimiento de ésta²¹⁸⁶; asumir la dependencia de un instituto que condicionara la remisión o ejecución de la pena al comportamiento del

²¹⁸¹ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», en BIRKMEYER/VAN CALKER et al. (Dirs.), *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, tomo III, Ed. Otto Liebmann, Berlín, 1908, pp. 58-59: «*Der Strafaufschub hat nur dann motivierende Kraft, mithin kriminalpolitische Berechtigung, wenn der Verurteilte weiß, daß er sein Schicksal in der Hand hat; das hat er aber nicht, wenn der Straferlaß Ausfluß des freien Begnadigungsrechtes bleibt*» (p. 58). Por ello, VON LISZT entendería que la función del juez en relación con la condena condicional no sería un acto de gracia sino función de enjuiciamiento (*Urteilsfindung*). Mismo autor, «Welche Maßregeln können den Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werde?», en *Mittelungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, núm. 1, Ed. J. Guttentag, Berlín, mayo de 1889, p. 51, datado el 9 de mayo de 1889: «*Er weißt, daßs er sein Schicksal in der eignen Hand hat. Bis zum letzten Tage der Frist wid der Gedanke an den Richterspruch in ihm austauschen, wenn die Versuchung an ihn herantritt. Das ist mehr, weit mehr, als der gerichtliche Verweis*»; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben I», p. 495; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 781-782: «*Der Richter sagt ihm: "Noch einmal geben wir dein Schicksal in deine Hand. Wenn du innerhalb der dir bestimmten Frist nicht abermals eine mit Freiheitsstafe bedrohte Handlung begehst, bleibt die Strafe dir erlassen. Im andern Falle wird sie ohne weitere Rücksicht vollstreckt"*». JACOBSON, «Suspended sentence», en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 3, núm. 2, julio de 1912, p. 302, en el mismo sentido, sobre el régimen de la sentencia condicional en Noruega: «*By a conditional sentence the criminal is spared the sojourn in prison, and if for three years he abstains from committing crime it becomes a powerful stimulant to keep in the right path. That is the side which is of the greatest interest*».

²¹⁸² VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», pp. 1-91 (especialmente, pp. 87-88).

²¹⁸³ VON LISZT, «Welche Maßregeln können den Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werde?», p. 44; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 755-776 (especialmente, p. 755).

²¹⁸⁴ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», pp. 51-52, 55-57, señala, a título de ejemplo, las críticas centradas en las exigencias de la justicia retributiva, el debilitamiento de los efectos de prevención general de la sanción penal o la ausencia de consideración de la necesidad de expiación por parte de los ofendidos. Sin embargo, para VON LISZT, o dichos reproches no son sostenibles en la práctica o una condena condicional cumpliría con esas necesidades que se señalan (por ejemplo, en el caso de la necesidad de expiación —pp. 56-57—).

²¹⁸⁵ VON LISZT, «Welche Maßregeln können den Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werde?», p. 44; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 781-782, sobre su propuesta del sistema que compatibilice la condena condicional (a la luz del sistema belga) y la elevación de la mínima pena de prisión a imponer a seis semanas; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben III», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 10, 1890, pp. 52-53

²¹⁸⁶ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben I», pp. 492-495, considerando que, desde la perspectiva del acortamiento de su duración, ésta debía efectuarse a través de la figura de la libertad condicional, a decidir por los establecimientos penitenciarios; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben III», p. 54.

Sobre el necesario papel del personal de los establecimientos penitenciarios para modular la ejecución de la condena, MITTERMAIER, «Dr. Mittermaier on the Indeterminate Sentence», pp. 303-305, en relación con la aplicación de la sentencia indeterminada.

condenado²¹⁸⁷; y eliminar, a través del empleo de instrumentos penales alternativos o subrogados, el cumplimiento de penas cortas de privación de libertad, que ni mejoran ni disuaden, pero que implican graves riesgos y daños, no solo para el futuro de los condenados, sino para la propia sociedad²¹⁸⁸. En un entorno en el que el 96% de las penas privativas de libertad no superaban el año y en el que el 19,43% no rebasaban los cinco días, las preocupaciones que inquietaban a dicho autor se aprehenden sin dificultad²¹⁸⁹.

Su posición sobre dichos subrogados a las penas de prisión de corta duración resulta clara e influyó en la legislación que fue aprobada con posterioridad²¹⁹⁰. VON LISZT asume la suspensión de la ejecución de la pena o la condena condicional como medida a adoptar, a introducir en la legislación²¹⁹¹, y no excluye la posibilidad de sustituir la pena de prisión de corta duración por la de multa, bajo determinadas circunstancias y en atención al patrimonio del condenado²¹⁹². Para él, los trabajos forzados sin encarcelamiento (siempre que pudieran ejecutarse como jornal –*Tagelohn-Arbeit*–, a pesar de la restricción que ello supondría²¹⁹³) solo servirían de modo indirecto a la limitación de las penas de prisión de corta duración (dado que no serían un sustituto de las multas convertidas en incobrables)²¹⁹⁴. VON LISZT excluye como subrogados: el castigo corporal, el arresto domiciliario por considerarlo un mal nimio con dificultades para su materialización²¹⁹⁵; las restricciones de libertades personales sin encierro (como por ejemplo, la prohibición de

²¹⁸⁷ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», p. 5.

²¹⁸⁸ VON LISZT, *ibid.*, pp. 5-6; mismo autor, «Welche Maßregeln können den Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werden?», p. 44; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 737-782: «*von einigen Tagen oder Wochen Haft oder Gefängnis wird wohl niemand eine nachhaltige bessernde Einwirkung auf den Sträfling erwarten*»; «*Die kurzzeitige Freiheitsstrafe ist nicht nur nutzlos: sie schädigt die Rechtsordnung schwerer, als die völlige Straflosigkeit der Verbrecher es zu thun im stande wäre*» (p. 743); «*eine Strafart, welche nichts nützt, wohl aber viel schadet und überdies kostspielig in jeder Beziehung ist: eine solche Strafart hat keine Daseinsberechtigung*» (pp. 775-776); «*Wir wollen die kurzzeitige Freiheitsstrafe nicht beseitigen, weil sie zu hart, sondern weil sie nutzlos und schädlich ist*» (p. 777).

En el mismo sentido, GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, p. 247: «*Kämpfe gegen die kurze Freiheitstrafe. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts hatte sich langsam die Erkenntnis Bahn gebrochen, daß die Vollstreckung solcher Strafen häufig, um nicht zu sagen meist, nutzlos, in vielen Fällen aber geradezu gefährlich ist, namentlich bei Jugendlichen und Erstbestraften*»; JACOBSON, «Suspended sentence», p. 302, sobre el empleo de la suspensión de la ejecución de la condena en Noruega: «*One of the objects in adopting this method was to avoid the harm that comes from imprisonment for short periods, which are demoralizing*».

²¹⁸⁹ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 740, 742, facilita los datos estadísticos relativos al 1886 para concluir: «*unsre gesamte heutige Strafrechtspflege beruht fast ausschließlich auf der kurzzeitigen Freiheitsstrafe*».

ANCEL, *Suspended sentence*, pp. 56, 82, en la Francia de los años 60 del siglo XX, cifra las penas de hasta un mes en un 81,90%.

²¹⁹⁰ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 248-250, por ejemplo, en relación con la sustitución de la pena de multa.

²¹⁹¹ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben II», p. 781; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben III», pp. 70-83.

²¹⁹² VON LISZT, «Welche Maßregeln können den Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werden?», p. 45; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben II», p. 777; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben III», p. 65.

²¹⁹³ VON LISZT, *ibid.*, pp. 46-47.

²¹⁹⁴ VON LISZT, *ibid.*, pp. 45-47: «*Die Zwangsarbeit ohne Einsperrung ist nicht Ersatzmittel für die uneinbringlich gewordene Geldstrafe. Nur mittelbar also kann sie zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe führen*» (p. 46); mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 764-770, 779-781: «*sie ist vielmehr nach meiner Meinung das geeignetste Ersatzmittel für die uneinbringliche Geldstrafe, so daß sie die kurzzeitige Freiheitstrafe nur, soweit diese statt der uneinbringlichen Geldstrafe zur Anwendung gelangt, zu ersetzen berufen wäre*» (p. 780).

²¹⁹⁵ VON LISZT, *ibid.*, pp. 47-48; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 772-773, 778.

fijación de domicilio, prohibiciones deambulatorias respecto determinados lugares o las limitaciones de porte de armas), por inapropiadas²¹⁹⁶; y la amonestación judicial, que, además de considerarla insegura, ninguna ventaja ofrecería respecto de la condena condicional (ya estuviera o no sujeta a garantía de comportamiento del condenado –que tampoco sería *per se* útil como alternativa^{2197–})²¹⁹⁸.

Partiendo de ese triple eje y asumiendo que las preocupaciones sobre la remisión condicional de la pena ni son nuevas²¹⁹⁹, ni exclusivas del ordenamiento que él pretende hacer progresar, analiza las propuestas planteadas por el sistema inglés-americano²²⁰⁰ (con su figura del *probation officer*²²⁰¹) y el modelo belga-francés, basado en la condena condicional²²⁰², iniciado con la Ley belga de 31 de mayo de 1888 por la que se establecía la liberación condicional y la condena condicional (también conocida como la Ley Lejeune, por ser el Ministro de Justicia de la época y promotor)²²⁰³. La necesidad que sentía VON LISZT de estudiar soluciones alcanzadas en Derecho comparado se llegaría a convertir en una prioridad en su metodología de trabajo²²⁰⁴.

En su examen, presta una especial atención a dos factores²²⁰⁵: al condicionamiento de su aplicación a la seguridad o garantía que el condenado pudiera prestar de su buen comportamiento futuro y de su comparecencia ante el Tribunal siempre que le fuera

²¹⁹⁶ VON LISZT, «Welche Maßregeln können den Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werde?», p. 48; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 778-779, a pesar de mostrar su simpatía respecto de dicha propuesta.

²¹⁹⁷ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 773-775.

²¹⁹⁸ VON LISZT, «Welche Maßregeln können den Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werde?», pp. 49-51; mismo autor, en PRINS, «Bericht über die erste Jahresversammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung, gehalten zu Brüssel am 7. und 8. August 1889», en *Mittlungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, núm. 3, Ed. J. Guttentag, Berlín, noviembre de 1889, pp. 190-191; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben II», pp. 770-772, 777, 781: «Prügelstrafe, Freiheitsberschänkung, Hausarrest, Verweis, Strafarbeit haben sich als ungeeignet erwiesen, die kurzzeitige Freiheitsstrafe zu ersetzen».

²¹⁹⁹ ANCEL, *Suspended sentence*, pp. ix, 1, 3, considera, de forma matizada, que podría apuntarse como posible antecedente de la sentencia condicional incluso las letras de favor del soberano (letras de perdón, de abolición o de conmutación de sentencia); si bien se distinguirían de aquella, por ejemplo, en que éstas eran decididas por la voluntad del soberano y la sentencia condicional era adoptada por el juez. Por esta razón sería discutible, según ANCEL, que pueda considerarse al perdón como antecesor de la condena condicional. Desarrollando el estudio de ANCEL, sobre las distintas fórmulas que podía emplear el soberano para este fin, vid. RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 594-597.

²²⁰⁰ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», pp. 10-22.

²²⁰¹ VON LISZT, *ibid.*, pp. 14-16.

LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 165-166, sobre su uso actual en EE. UU., a través de la supervisión comunitaria.

²²⁰² VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», pp. 22-42.

²²⁰³ La liberación condicional en Bélgica, una de las instituciones principales de su sistema de ejecución penal, llegó a ser considerada como una corrección de la pena «*qui permettait d'en accroître l'utilité et d'adapter la mesure de la peine à la situation individuelle du détenu*» (ERDMAN, en la Sesión Extraordinaria de 7 de julio de 1995, celebrada en el Senado Belga –documento legislativo núm. 1-40/1–).

²²⁰⁴ VON LISZT, «Zur Vorbereitung des Strafgesetzentwurfs», en *Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag*, Ed. J. Guttentag, Berlín, 1902, pp. 73-85.

²²⁰⁵ Empleando un planteamiento paralelo, respecto de la suspensión de la pena, LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 153: «*La justificación es que en los delitos no graves (criterio de prevención general) y frente a un autor con un pronóstico de no reincidencia (criterio de prevención especial) se faculta al juez para que, sobre la base de un análisis individualizado, decida caso por caso*».

requerido²²⁰⁶, y al efecto que dichos recursos causan no ya en la prevención especial –aspecto que destacan JACOBSON²²⁰⁷, ANCEL²²⁰⁸ o GRAU y SCHÄFER²²⁰⁹–, sino en la prevención general²²¹⁰. VON LISZT señaló el nulo perjuicio que la asunción de aquellos instrumentos condicionales causaría para ésta²²¹¹.

VON LISZT concluye con su recomendación de reforma legislativa que plasmó en un borrador²²¹² que, calificado como radical para haber sido formulado a final del siglo XIX²²¹³, fue influyente para remodelar el sistema al que pretendía contribuir²²¹⁴.

Su ideal, siguiendo las pautas de la legislación belga²²¹⁵, se basaba en que fuera el juez –superando la posible arbitrariedad de la administración–, el que pudiese decidir sobre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad²²¹⁶. Las decisiones a adoptar por el magistrado se someterían a la consideración de una serie de criterios establecidos en la ley²²¹⁷ e impugnables conforme a los recursos establecidos en la legislación²²¹⁸. Como padre de la prevención especial, no sorprende que VON LISZT defendiera

²²⁰⁶ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», pp. 11-12; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben III», pp. 75-76, 81, recogiendo como el segundo punto de su propuesta de regulación: «*Die Aussetzung der Vollstreckung kann von der Bestellung einer Sicherheit abhängig gemacht werden (Friedensbürgschaft). Die Höhe der zu bestellenden Sicherheit sowie die Art ihrer Bestellung bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen*».

²²⁰⁷ JACOBSON, «Suspended sentence», p. 303, concluye que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta positivamente en la tasa de reincidencia de aquellos que se vieron beneficiados por ella: «*Though these statistics cover only a few years, and it is but five years since the law has been in force, they would seem to show that conditional condemnation is an efficacious method of preventing crime*».

²²⁰⁸ ANCEL, *Suspended sentence*, pp. 10-11, 30-33, 36-37, 51, 62-64, incide en la esencialidad del dictado de la sentencia.

²²⁰⁹ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 247, 276, 280.

²²¹⁰ Vid. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp. 90-91, 93, 95, al efectuar su estudio sobre la regulación de las formas sustitutivas de la imposición y de la ejecución de las penas que proponía el Anteproyecto de Código Penal de 1979, incidía también, como hiciera VON LISZT, en la inocuidad para la prevención general, aunque la pena se impusiera por debajo del límite mínimo, no se impusiera o no se ejecutara. Por ejemplo, respecto de la condena condicional, LUZÓN PEÑA se posicionó a favor de una aplicación obligada de la condena condicional para penas privativas de libertad de hasta dos años si la ejecución no era necesaria para la prevención especial, sosteniendo que: «*no parece que la prevención general se vaya a ver menoscabada porque en algunos casos al fin y al cabo excepcionales (en los que no haya ninguna necesidad de ejecución para la prevención especial) no se ejecute una pena inferior a dos años, ya que a esos efectos puede bastar perfectamente con el sustitutivo que supone la amenaza pendiente de ejecución de la pena y el sometimiento a la vigilancia del juez durante el período de suspensión y, sobre todo, con la posibilidad ex ante, que ningún potencial delincuente puede descartar, de que se ejecute efectivamente (sin condena condicional) tal pena, o incluso una pena de mayor duración si el límite máximo del marco penal típico es superior a dos años*» (p. 93). En este sentido, LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, p. 158.

²²¹¹ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», pp. 14, 26, 30-31.

²²¹² VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben III», pp. 81-82.

²²¹³ ANCEL, *Social Defense*, pp. 48-49.

²²¹⁴ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 248-250.

²²¹⁵ VON LISZT, «Welche Maßregeln können den Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werden?», p. 51.

Pautas que influyeron en la legislación prusiana de la época, GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, p. 248.

²²¹⁶ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», p. 64.

²²¹⁷ VON LISZT, *ibid.*, pp. 64, 90.

²²¹⁸ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben III», p. 81, punto 3.

que aquellas pautas habían de estar orientadas a conseguir que el condenado alcanzara una futura vida honrada o recta²²¹⁹.

En relación con los requisitos a imponer, la duración de los periodos de prueba²²²⁰ (respecto de los que llegaría a aconsejar una duración de tres años²²²¹) o las exigencias para constatar el buen comportamiento del penado²²²², VON LISZT fue ciertamente flexible. Su objetivo era no restringir la necesaria libertad del juez²²²³ (por ejemplo, dejó abierta la toma en consideración de la reparación del daño por el autor²²²⁴). Esa necesaria autonomía para acomodarse a las concretas necesidades del sujeto, resultó fundamental en las Disposiciones generales sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena aprobadas por el Ministerio de Justicia prusiano el 19 de octubre de 1920²²²⁵. Sin embargo, VON LISZT estableció dos restricciones previas insoslayables: la consideración a la indemnidad del fin de prevención general y la aplicación de la ley respetando el principio de igualdad²²²⁶.

En relación a los requisitos que habrían de cumplirse para adoptar la condena condicional, entiende que deben quedar referenciados a la gravedad del delito cometido, a las condiciones personales del condenado (por ejemplo, su juventud²²²⁷, pero sin restringir su

²²¹⁹ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», p. 65: «Nur dann ist die Aussetzung der Strafvollstreckung am Platze, wenn der Richter erwarten darf, daß die in der Verurteilten zu einem rechtschaffenen Leben veranlassen werde. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, hat der Richter unter Berücksichtigung der Gesamtpersönlichkeit des Verbrechers und der Verhältnisse, unter denen er lebt, im einzelnen Fall zu prüfen».

²²²⁰ VON LISZT, *ibid.*, pp. 77-79.

²²²¹ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben III», pp. 76-77, 81, punto 4.

²²²² VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», pp. 79-87.

²²²³ VON LISZT, *ibid.*, pp. 72, 90: «Innerhalb des für das richterliche Ermessen freibleibenden Spielraumes, (...) hat der Richter die Eigenart der Tat und des Täters, also dessen ganzes Vorleben, die nähren Umstände der Tat, das Verhalten des Täters nach der Tat zu berücksichtigen, um daraus den Schluß zu ziehen, ob durch die Aussetzung der Vollstreckung die Besserung des Täters herbeigeführt werden kann. Es ist zweckmäßig, daß der Gesetzgeber die ihm besonders wichtig erscheinenden Umstände ausdrücklich, aber nur beispielsweise aufzählt, um der Rechtsprechung die Bahn zu weisen. Dagegen halte ich es für unrichtig, das Vorliegen eines oder mehrerer dieser Umstände in kasuistischer Fassung als unerläßliche Voraussetzung des Strafaufschubs aufzustellen» (p. 72); mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben III», pp. 72-75: «Ich möchte daher vorschlagen, die Aussetzung der Strafvollstreckung bei jeder Verurteilung zu Gefängnisstrafe nach freiem richterlichen Ermessen zuzulassen» (p. 74).

ANCEL, *Suspended sentence*, pp. 12-28-30, 49, destaca la preocupación por permitir cierta discrecionalidad del juez para que éste pueda adaptarse a las circunstancias, restringiéndose la eventual arbitrariedad a través de la exigencia de motivación de sus decisiones.

²²²⁴ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», p. 73. ANCEL, *Suspended sentence*, p. 49, destaca la imposición de la condición de reparación del daño en Derecho comparado. GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 221, 224, consideran la reparación como elemento a considerar para la concesión de indulto. A este respecto, SMITH, T., «Tolerance & Forgiveness: Virtues or Vices?», p. 38, apunta, desde un análisis del perdón interpersonal, la importancia de que las demostraciones del autor (sobre su entendimiento de que su acción no fue correcta, su compromiso a no repetirla, su arrepentimiento por la transgresión, sus disculpas o la restitución) contengan un elemento de acción y no sean solo declarativas.

²²²⁵ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, p. 279: «Innerhalb dieser Schranken hat das Ermessen des Gerichts an sich freien Spielraum».

Sin embargo, el art. 94 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el CP, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, acogió otro modelo y establecía la obligación para el juez de acordar la condena condicional por ministerio de la ley.

²²²⁶ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», p. 65.

²²²⁷ VON LISZT, *ibid.*, pp. 68-69, 90: «Mit der Aussetzung der Strafvollstreckung ist bei jugendlichen Verurteilten grundsätzlich, bei andern Verbrechern in den dazu geeignet erscheinenden Fällen die Stellung

empleo a concretos grupos o categorías concretas de penados²²²⁸), sus antecedentes²²²⁹ u otras circunstancias²²³⁰. En ningún caso, y en este punto VON LISZT se mostró categórico –supongo que dadas las acaloradas discusiones que sobre el tema llegó a sostener con GAROFALO²²³¹–, debería considerarse como condición para la libertad del condenado que la víctima lo aceptase o consintiera²²³².

La idea apuntada por VON LISZT en relación con la superación que la figura del indulto había sufrido a favor de la suspensión de la ejecución de la pena o condena condicional para satisfacer fines preventivo-especiales, fue también señalada, asumiendo postulados de la escuela positivista, por su contemporáneo italiano: FERRI.

FERRI también se posicionó favorablemente, desde premisas propias de las teorías de la prevención especial, sobre la posibilidad de recurrir a la figura del indulto²²³³. El pensador lombardo sistematizó su empleo distinguiendo entre contextos en los que se emplearía como

unter die Schutzaufsicht eines Fürsorgevereins zu verbinden» (p. 90); mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben III», pp. 70-71.

Sobre la necesidad de asumir como prioridad al grupo de delincuentes jóvenes, MITTERMAIER, «Dr. Mittermaier on the Indeterminate Sentence», pp. 303-305, en relación con el dictado de sentencias indeterminadas que faciliten la reforma de aquellos.

LAMMASCH, «Empiehl sich die Einführung der bedingten Verurteilung (belgisches Gesetz vom 31. Mai 1888) in die Strafgesetzgebung der übrigen Länder und unter welchen Voraussetzungen?», en *Mittlungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, núm. 1, Ed. J. Guttentag, Berlín, mayo de 1889, pp. 37-39, 43, considera no solo a los jóvenes como prioridad sino también a las mujeres. ANCEL, *Suspended sentence*, pp. 57-58, 83-85, 96-98, sobre la concesión preferente de la condena condicional a mujeres en la Francia de 1960; y no solo a los jóvenes, sino a los mayores de 60 años. Mismo autor, *Social Defense*, pp. 148, 156-157, sobre el comienzo de la introducción de la individualización de las penas en los textos normativos aplicados a la delincuencia juvenil y la dilución entre la fase de investigación y de enjuiciamiento que en dichos procedimientos se observa, aplicable, según ANCEL, al régimen de adultos.

²²²⁸ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben III», pp. 71, 81: «*Ich schlage daher (...) vor, den Aufschub der Strafvollstreckung allen Personen (...), zu gute kommen zu lassen, bei welchen nach Ansicht des Richters Hoffnung auf gute Führung vorhanden ist*» (p. 81).

MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, «Propuesta alternativa de la parte general del código penal», en Cuadernos de política criminal, núm. 18, 1982, presentada por el Grupo Parlamentario Comunista como artículo primero de la enmienda a la totalidad al Proyecto de LO de Reforma parcial del CP de 26 de febrero de 1982, p. 614.

²²²⁹ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben III», pp. 71-72. ANCEL, *Suspended sentence*, pp. 27-28, 43-45, sobre la consideración de que el autor sea un delincuente primario al decidir sobre la condena condicional, advierte una tendencia a ampliar su campo subjetivo de aplicación.

²²³⁰ VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», pp. 65-73. ANCEL, *Suspended sentence*, pp. 62, 71-72, sobre la necesaria variedad de componentes considerados para alcanzar, a través de la condena condicional, una individualización judicial.

LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 156-157, destaca los criterios a tener en cuenta para suspender la ejecución de la pena de prisión, similares a los enunciados para aplicar la condena condicional.

²²³¹ GAROFALO, en PRINS, «Bericht über die erste Jahresversammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung, gehalten zu Brüssel am 7. und 8. August 1889», p. 179.

²²³² VON LISZT, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», pp. 72-73.

Vid. LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 214-215, sobre la reforma operada en virtud de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que, sin embargo, prevé que, en determinados supuestos, la víctima pueda intervenir en la ejecución de la pena (*ex art. 13*), antes de que se conceda el tercer grado o la libertad condicional.

²²³³ FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, pp. 178-179.

instrumento de consecución de una pacificación social –que afecta principalmente a delitos político-sociales²²³⁴–y el resto de escenarios.

En este segundo ámbito, FERRI apuntó a la utilización del indulto cuando la condena, aunque no reuniera los requisitos legales para considerarse un error judicial susceptible de revisión, suscitase repulsión de la opinión pública²²³⁵. Ese rechazo, según él, podía derivarse de: **(i)** que la condena dictada fuera contraria a una legislación más beneficiosa para el reo que solo hubiera sido aprobada con posterioridad al dictado de su sentencia²²³⁶ (un problema de desacompañamiento temporal); **(ii)** un cambio sobrevenido en las circunstancias que afectasen al condenado o a su familia; o **(iii)** la falta de necesidad de que la reeducación del condenado se verificase en prisión²²³⁷.

Sin embargo, el propio FERRI que, como anticipamos, mostraba su reticencia respecto del empleo de la institución²²³⁸, admite que el indulto se habría visto superado por la condena condicional, como defendiera VON LISZT, y por la liberación condicional (que serviría para acometer una revisión periódica de las sentencias y acoger extremos meritorios del condenado, disfrutando de una garantía jurisdiccional de la que el indulto adolecía)²²³⁹.

De hecho y en relación con esta última institución, es precisamente en esta época cuando empezó también a materializarse normativamente una idea esbozada tiempo atrás por BENTHAM²²⁴⁰: el empleo de la libertad condicional como estadio intermedio para la reintegración social del sujeto²²⁴¹. La institución de la libertad condicional vendría a instituirse en una necesidad que materializaría la gradualidad con la que debía transitar el condenado desde su encierro a la absoluta libertad. Con ello se conseguiría minimizar la probabilidad de su reincidencia futura, resguardando los intereses de la sociedad²²⁴².

Por tanto, durante el siglo XX se vino a culminar un doble proceso del que advertiría ANCEL. Por un lado, la individualización de las penas y la consideración de la situación personal del autor se transformaron en extremos normativizados, trasvasados al texto de la ley, superando

²²³⁴ FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, pp. 178-179.

²²³⁵ FERRI, *ibid.*, p. 179.

²²³⁶ FERRI, *ibid.*, p. 179. En este sentido, también GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, p. 77; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 21.

²²³⁷ FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, p. 179.

²²³⁸ FERRI, *ibid.*, p. 179. *Vid. apartado 5.3.1.1. Teorías de la prevención general negativa.*

²²³⁹ FERRI, *ibid.*, pp. 179-180; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 63-64, sostiene que la escuela positivista se posicionaba en contra del empleo de la clemencia (sobre todo, respecto de sus figuras generales) basada en la función de reeducación de la pena.

²²⁴⁰ BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, tomo 2, p. 427: «Un criminel, après avoir achevé son terme dans les prisons, ne doit point être rendu à la société sans précaution et sans épreuve. Le faire passer subitement d'un état de surveillance et de captivité à une liberté illimitée, l'abandonner à toutes les tentations de l'isolement, de la misère, et d'une convoitise aiguë par une longue privation, c'est un trait d'insouciance et d'inhumanité qui devrait enfin exciter l'attention des législateurs».

²²⁴¹ CID/TÉBAR, «Spain», pp. 358-359, 370; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, pp. 148-149 (especialmente, punto 3º de la nota 1 a la p. 149); WALKER, *Crime and punishment in Britain. The penal system in theory law and practice*, Ed. Aldine Transaction, Piscataway, 2010, 2ª ed., p. 162, sobre las «half-way houses» o centros de reinserción social.

²²⁴² GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, pp. 149-151.

una potencial aplicación discrecional de los jueces en función de las circunstancias del caso²²⁴³. Ese acomodamiento vinculado a las concretas circunstancias del autor, no solo en el momento de cometer el hecho delictivo sino con posterioridad²²⁴⁴, se proyectaron en las distintas etapas del procedimiento penal (y no solo en la aplicación de la determinada pena al autor). Se produjo, con ello, un movimiento en contra del automatismo de la aplicación de la pena y en contra de su aplicación pasiva, a favor de un tratamiento reintegrador del autor que quedaría plasmado en la legislación²²⁴⁵.

Relacionado con lo anterior, como segundo elemento a considerar, emergieron nuevas e innovadoras instituciones²²⁴⁶ –a considerar tanto en los ordenamientos domésticos como en relación con el Derecho internacional²²⁴⁷– (como la liberación condicional o la sentencia indeterminada²²⁴⁸) encaminadas a satisfacer dicho fin reintegrador, que no serían sino expresión de la preocupación de que tanto el enjuiciamiento del autor como su tratamiento después del juicio estuvieran íntimamente relacionados y dirigidos a la satisfacción de aquella finalidad²²⁴⁹.

²²⁴³ ANCEL, *Social Defense*, pp. 148-159, sobre dicho proceso y su proyección en las distintas fases del procedimiento penal cuyas fronteras habrían de quedar, según dicho autor, diluidas (desde la adopción de medidas cautelares hasta la fase de ejecución de la sentencia).

²²⁴⁴ JACOBSON, «Suspended sentence», p. 302, sobre los factores considerados al adoptar la suspensión en la ejecución de la condena refería no solo la naturaleza y gravedad del delito, las circunstancias bajo los que fue cometido, la edad del infractor, sus antecedentes, sino también: «*If it is some time since the crime was committed it is ascertained whether the accused has made reparation, so far as possible, or showed penitence*».

²²⁴⁵ ANCEL, *Social Defense*, p. 158; GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, pp. 24, 59-64 sobre la asunción de la resocialización en la fase de ejecución de la pena, pero a considerar también en la fase de conminación y aplicación de la pena: «*la resocialización tiene que ser tenida en cuenta desde que nace, en la previsión normativa abstracta, hasta cuando se extingue*» (p. 61).

²²⁴⁶ STC de 14 de diciembre de 1992 y STC de 28 de junio de 1993: «*Tal tendencia de la política criminal no ha sido abandonada y ni siquiera debilitada a lo largo de este siglo, sino más bien intensificada. No conviene perder de vista que han ido apareciendo otras alternativas para sustituir las penas cortas de privación de libertad, en una batería que va desde el arresto domiciliario al copioso conjunto que ofrece el informe sobre el tema de la Secretaría General de la Organización de Naciones Unidas (Londres, 1960). La escasa duración de tales penas no permite que los efectos negativos de la convivencia sean contrarrestados por un tratamiento penitenciario adecuado para la reeducación del recluso. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en más de una ocasión. “El beneficio de la remisión condicional de la condena –se dice en nuestra STC 224/1992– viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo”. “La condena condicional –se lee en la STC 165/1993– está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación”. Pues bien, consecuente con tales propósitos el Código Penal autoriza o hace obligatoria, según los casos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de ciertas penas, privativas de libertad, impuestas directa o subsidiariamente*».

ANCEL, *Suspended sentence*, p. 20.

²²⁴⁷ Enormemente ilustrativa resulta la Decisión del Presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, fechada el 14 de septiembre de 2009, sobre la solicitud de perdón o conmutación de la sentencia de Plavšić (IT-00-39 & 40/1), en la que se informa a favor de la liberación anticipada –a través de la libertad condicional– de acuerdo con la legislación sueca, debido principalmente a la constatación de su rehabilitación («*substantial evidence of rehabilitation*»).

²²⁴⁸ MITTERMAIER, «Dr. Mittermaier on the Indeterminate Sentence», pp. 303-305.

²²⁴⁹ ANCEL, *Social Defense*, p. 158, lo deduce del interés de la defensa social.

Analizados los específicos argumentos que vendrían a asumirse a finales del siglo XIX y principios del XX por quienes construyeron embrionariamente las teorías de la prevención especial, se examinarán las razones que, a favor del indulto, se ensayaron posteriormente en el seno de dichas doctrinas, desde su vertiente negativa y positiva.

5.3.2.1.2. Teorías de prevención especial negativa

Desde una perspectiva negativa, centrada en la protección de la sociedad frente al delincuente, parecería *a priori* que el indulto no encontraría encaje ya que supone liberar a quien aún debe neutralizarse y apartarse de la comunidad. Sin embargo, como advierte FREEMAN²²⁵⁰ respecto de la otra figura del perdón, la amnistía, el indulto puede quedar sometido a condición y, por consiguiente, pueden establecerse exigencias que persiguieran esa inocuización en un primer plano, para conseguir la protección de la sociedad en un segundo nivel²²⁵¹.

Ese podría ser el caso del destierro sobre lugares de entrada prohibida que se aplicaba a los indultados hasta el 24 de mayo de 1996, fecha en que entró en vigor el CP 1995²²⁵². En la redacción del art. 112 CP 1973, predecesor del actual art. 130 CP, se disponía en su apartado cuarto que sería *«aplicable al indultado, por el tiempo que a no haberlo sido debería durar la condena, lo dispuesto para el desterrado sobre lugares de entrada prohibida»*. Ya en el art. 132 del CP 1870 se refería a esta exigencia, disponiendo que el indultado no podría *«habitar por el tiempo que, á no haberlo sido, debería durar la condena, en el lugar en que viva el ofendido, sin el consentimiento de éste, quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado»*. Con dicha disposición se permitía una compatibilización del indulto con el fin inocuizador, de esencia moderada²²⁵³.

Resultan a estos efectos reveladoras las disposiciones que contenía la Orden del Ministerio de Justicia de 13 de diciembre de 1945²²⁵⁴ por la que se definía la situación de los indultados con respecto al Servicio de Libertad Vigilada. Aunque se insistía en *«la distinta condición jurídica de indultados y libertos condicionales»*, resaltando que respecto de los primeros solo debía ejercerse una vigilancia tuitiva y puramente inspectora (art. 4), lo cierto es que era precisamente el Servicio de Libertad Vigilada el que fiscalizaba a los indultados (art. 1). Aunque se recordaba que respecto de los beneficiarios de indulto no existía restricción en cuanto al lugar de residencia en términos generales, se recordaba la restricción contenida en el art. 112. 4º CP (art. 2). Concedido el indulto, aquéllos debían notificar la localidad donde fueran a fijar su residencia, así como cualquier variación, y una

²²⁵⁰ FREEMAN, *Necessary Evils*, p. 22.

²²⁵¹ JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición», evoca la utilización del extrañamiento a presos vascos.

²²⁵² LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Artículo 130», p. 368.

Un antecedente histórico vendría a quedar representado por la Ley IV, Título XLII, del Libro XII de la Novísima Recopilación, en virtud de la cual, los Reyes Católicos, en el Toledo de 1480, prescribían que *«el lugar de la frontera de moros, donde fuere á servir, estuviere quarenta leguas ó mas allende del lugar donde cometió el delito ó delitos de que quiere haber perdon por razón del dicho servicio»*.

²²⁵³ LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 39-40, 125-126, favorable a la supresión de la condición del destierro del indultado, medida *«perturbadora, en ocasiones desconcertante y en no pocas injusta»* (p. 39). GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, pp. 588-589; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, pp. 445-446, hijos de su tiempo, favorables a tal medida.

²²⁵⁴ Orden del Ministerio de Justicia de 13 de diciembre de 1945 por la que se define la situación de los indultados con respecto al Servicio de Libertad Vigilada (BOE núm. 355, de 21 de diciembre de 1945).

vez llegada a ella, debían comunicarlo a la Junta de Libertad Vigilada (art. 3). El Servicio de Libertad Vigilada llevaba una relación de los indultados, comprobaba que cumplieran las obligaciones relativas a la fijación de residencia y comunicación y, si las infringían o cuando se hicieran «*sospechosos de delincuencia o desarrollen conducta reveladora de inclinación al delito*», estaba obligado a acudir a los órganos centrales del Servicio y a las autoridades competentes (art. 4). Las previsiones contenidas en la meritada Orden establecían, por tanto, directrices y cautelas para hacer efectivo ese objetivo inocuizador.

Si el máximo grado de la inocuización del individuo consiste en la pena capital, el destierro vendría a representarse, siguiendo a MANTECÓN, como la muerte social del sujeto²²⁵⁵ y, por consiguiente, un indulto condicionado a una situación de destierro, podía llegar a cumplir aquellos mismos fines neutralizadores que con la aplicación de la pena se pretendía alcanzar.

Si bien estas formulaciones no determinan qué criterios guían positivamente la concesión del indulto o su fundamento sino que se basan en una indemnidad del fin inocuizador de concederse el indulto (perspectiva negativa), en la medida en que proponen considerar el condicionamiento del indulto como un equivalente funcional de la aplicación de la pena, no pueden ser marginados en esta investigación²²⁵⁶. Nótese que ese condicionamiento es un elemento esencial de la libertad *condicional* y que, por tanto, la equiparación práctica de esta figura para aquél fin también resulta indiscutible²²⁵⁷.

5.3.2.1.3. Teorías de prevención especial positiva

Desde la perspectiva de las construcciones de prevención especial positiva, sin embargo, sí se vendrían a elaborar razones que justifican acudir a la figura del indulto en atención a la reinserción del individuo (perspectiva positiva). Éstas pueden sistematizarse en dos tipos de argumentos.

(A) En un primer subgrupo quedan comprendidas aquellas fundamentaciones que defienden que la institución del indulto se utilice cuando la resocialización a la que se dirige la pena ya se haya alcanzado²²⁵⁸ y el resto de cumplimiento del tiempo de condena sea superfluo e, incluso, dañino²²⁵⁹. Como sintetizara GONZÁLEZ COLLANTES, en este ámbito llega a defenderse que,

²²⁵⁵ MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», p. 76.

²²⁵⁶ Esa sería la intención proyectada en la Exposición de Motivos y en la prevención novena de la Real Orden de 18 de julio de 1840 (Gaceta de Madrid núm. 2094, de 26 de julio de 1840).

²²⁵⁷ GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», pp. 899, 925; PINEDA, «Derecho de gracia o indulto», pp. 36-38, sobre el paralelismo entre las condiciones impuestas al indulto y las que se establecen para acordar la suspensión de la ejecución de la condena.

²²⁵⁸ Comparecencia del Secretario de Estado de Justicia, LÓPEZ GUERRA, celebrada el 4 de octubre de 2005, ante la Comisión de Justicia (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia, núm. 386, sesión núm. 21, de 4 de octubre de 2005, pp. 14-15), sobre el criterio empleado por el Gobierno favorable a la concesión del indulto: «*cuando ya es evidente que ha habido una reinserción del condenado*». BRAVO RIVERA, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 335; CORTÉS BECHIARELLI, «Pasado, presente y futuro del indulto en España», (Parte I 25:34-26:16), justifica el empleo del indulto en la innecesariedad de la reeducación o resocialización del condenado.

²²⁵⁹ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 343-345; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 73; ZAGREBELSKY, *Amnistía, indulto e grazia*, pp. 23-24, 25, en relación con la tercera función que asigna al indulto, indica que habría de configurarse como un verdadero derecho subjetivo a obtener la gracia.

Curiosa es la STS de 30 de mayo de 1994, de la que se deduce el principio de resocialización por el que propone el indulto de la reintegración al erario público de la casi totalidad de lo apropiado.

dado el potencial efecto desocializador del internamiento en una prisión, debe evitarse la imposición de las penas que supongan el internamiento o su cumplimiento cuando, no resultando absolutamente necesario, aparezca contraindicado en orden a la resocialización²²⁶⁰. Aunque el grueso de planteamientos se anuda a las penas de prisión de corta duración, nada impide extender dichos argumentos al resto de penas que supongan un internamiento y consiguiente privación de libertad del sujeto²²⁶¹.

Si la finalidad de las penas es el tratamiento resocializador del sujeto, éstas deben durar tanto como fuera necesario para garantizar la satisfacción del fin que justifique la pena en atención a parámetros de reintegración del condenado²²⁶². De esta forma, cuando la ejecución íntegra de la pena impactase negativamente en el fin resocializador, se llegan a defender no solo nuevas formas de ejecución de la pena de privación de libertad o sanciones alternativas a ésta, sino la concesión inmediata del indulto²²⁶³. Dichas asunciones superan las reticencias basadas en el efecto negativo que un indulto pudiera representar para el sujeto condenado, en cuanto socavación del efecto disuasivo, de entenderse que el defecto de una ejecución íntegra favorece que el individuo no tome en serio la pena impuesta y ello incentive un comportamiento delictivo futuro²²⁶⁴. Aquella superación se anuda al simple hecho de que, por hipótesis, nunca podría otorgarse un indulto que contraviniera ese efecto resocializador.

Como ya estudiamos²²⁶⁵, utilizando premisas preventivo-especiales también se defendía el indulto en escenarios en los que se concretara un lapso temporal dilatado entre los hechos cometidos y la ejecución efectiva de una sentencia condenatoria que dispone la imposición de una pena privativa de libertad. Sería una situación en la que en dicho periodo se ha producido una modificación de circunstancias del sujeto, en virtud de la cual el cumplimiento de la pena sería perjudicial para el fin que se pretende (la evitación de la comisión de delitos a futuro por el condenado)²²⁶⁶ o cuando se constatase que ese fin al que debe dirigirse la pena, la reintegración social, ya ha sido satisfecho tempranamente. Desde un punto de vista de prevención especial, la pena carecería, sobrevenidamente, de objeto; éste ya habría sido satisfecho o su exacción perjudicaría la finalidad a la que debe orientarse.

En este sentido se pronunciaba, como ya advertimos, BACIGALUPO ZAPATER, ejemplificando con aquellos casos en que el condenado se haya reinsertado socialmente en el lapso temporal acaecido entre la comisión del hecho delictivo y la ejecución de la pena impuesta²²⁶⁷. Para

²²⁶⁰ GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, p. 30. LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 177, 182.

²²⁶¹ GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución*, pp. 41-62.

²²⁶² MEINI, «La pena: función y presupuestos», p. 150.

²²⁶³ FANEGA, «El indulto», p. 105.

²²⁶⁴ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, p. 278.

²²⁶⁵ Vid. *sección 4.3.2. El indulto como instrumento de proporcionalidad*.

²²⁶⁶ STS de 14 de julio de 1981: «*aun después de atenuado por el Tribunal de instancia, cree esta Sala que aún resulta excesiva, dadas las circunstancias bajo las cuales tuvo que vivir, pues los tres años de prisión menor señalados, pueden estigmatizarla y desmoralizarla, impidiendo su rehabilitación futura y su reintegración social, por lo que se acuerda proponer al Gobierno un indulto parcial de la pena impuesta de años, dejándola reducida a la de 1 año de prisión menor y 10.000 pesetas de multa*».

²²⁶⁷ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25. En el mismo sentido, DOVAL PAIS en la reunión del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, celebrada el 16 de noviembre de 2016, sobre la potencialidad del empleo del indulto cuando se produzcan dilaciones

estos casos, dicho autor defiende la posibilidad de acudir a la figura del indulto, sin que su adopción genere efectos negativos desde la prevención general, porque, se aduce, se percibe que las consecuencias tardías superan ampliamente la gravedad del hecho punible cometido²²⁶⁸.

Sin embargo, el propio BACIGALUPO ZAPATER asume que el remedio de acudir al empleo del indulto en estos escenarios ha de ser provisional, mientras el Derecho vigente no articule una solución adecuada para ello²²⁶⁹. Para dicho autor, ésta se constituiría como la segunda razón que justifica emplear el indulto. La primera, en sintonía con lo ya defendido por VON LISZT, MERKEL y FERRI, vendría a asociarse a en los contextos que en esta investigación han sido identificados como transicionales.

Respecto de este concreto particular, BACIGALUPO ZAPATER respalda acudir a la figura del indulto cuando exista *«un interés político general preponderante que justifique en renunciar a*

indebidas en la fase de ejecución de la pena; LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso»; PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», pp. 65-66; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 43, 71; COMAS D'ARGEMIR, M., «El indulto no deshace el delito», adiciona la función prevista en el art. 4. 3 CP también: *«reservar los indultos sólo para aquellos supuestos desgraciados de lentitud judicial en los que el transcurso del tiempo ha hecho inútil el cumplimiento de una pena para personas plenamente resocializadas y, en último extremo, para aquellos casos en los que así lo solicitase el propio tribunal juzgador si considera que la pena es excesiva atendiendo el mal causado y las circunstancias personales del condenado. En todos los demás casos las sentencias están para ser cumplidas».*

STC de 31 de enero de 1994: *«Otros mecanismos tienden a paliar las nocivas consecuencias personales, familiares, laborales o de otra índole que de ese indebido retraso pueden derivarse para el condenado, en relación con la orientación que el art. 25.2 C.E. establece para las penas privativas de libertad, orientación que, más allá de la finalidad de la pena, trata de facilitar y favorecer al penado que pierde su libertad una efectiva reinserción en la sociedad y una adecuada rehabilitación. En este marco pueden situarse, por ejemplo, el indulto o la aplicación de la remisión condicional de la pena».*

STS de 14 de abril de 1992: *«el internamiento ahora en prisión del inculcado para cumplir la pena impuesta hace cuatro años –que es la de tres meses de arresto mayor– respecto de un delito cometido hace más de diez años, no sólo quebrantaría de manera grave el postulado de humanización del Derecho, sino –lo que es aún más importante– estaría en rotunda oposición con el principio constitucional de que las penas estarán orientadas a la reinserción social del condenado. Esta Sala, en consecuencia, solicita del Gobierno el indulto total de la pena impuesta, procurándose evitar el ingreso en prisión del inculcado mientras el Gobierno decida sobre lo solicitado, ya que en otro caso se dificultaría la producción del fin que se pretende».*

²²⁶⁸ Nuevamente, nótese como desde el punto de vista de la prevención general, lo único que se justifica es que aquel fin resulta indemne, pero no se emplea como argumento de otorgamiento. En este sentido, Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 14 de junio de 2000 (causa especial núm. 2940/1997): *«En los múltiples informes sobre la procedencia de un indulto que esta Sala ha emitido y emite, por regla general, sólo se recomienda el indulto en el supuesto del transcurso de un tiempo muy considerable entre la fecha de la comisión del delito y el momento del inicio de la ejecución de una pena privativa de la libertad, siempre bajo la condición de una demostrada reinserción social del condenado. En realidad, éstos son prácticamente los únicos casos que no afectan la prevención general de una manera difícil de reparar».*

²²⁶⁹ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 26. Vid. nota al pie 1001.

En sentido similar, en la Italia de 1974, ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 25-26: *«È di tutta evidenza che è su questo tronco che si sono sviluppati nel nostro ordinamento istituti come la sospensione condizionale, il perdono giudiziale e la liberazione condizionale, anche se la loro configurazione in termini dogmatici (...). Gli strumenti di clemenza del tipo indicato sono attualmente in una fase di elaborazione ancora preliminare, verificandosi la possibilità di sovrapposizione tra la clemenza tradizionale e quella rivolta alla personalizzazione della pena. Questa, (...) se razionalmente strutturata, implicherebbe l'estromissione degli organi politici o di indirizzo politico e la riserva di competenza a favore di organi giudiziari».*

la aplicación de una pena» y que, «dada la individualidad de la situación, no serían susceptibles de una amnistía decidida por el Parlamento»²²⁷⁰.

No puede dejar de señalarse, antes de pasar a la segunda categoría de motivos, que, actualmente, en ordenamientos como el estadounidense, los efectos de la condena se prolongan en el tiempo, una vez satisfecha, en su caso, la pena privativa de libertad, impidiendo o dificultando gravemente la reintegración social del individuo. Los defensores de las teorías de la prevención especial asumen en este ámbito un concepto de rehabilitación del condenado amplio, que pretende su reintegración completa y a todos los efectos en la comunidad²²⁷¹, superando la estigmatización ocasionada por su sentencia. BARKOW, que se refiere a este tipo de restricciones como «*consecuencias colaterales*», aboga por el empleo del perdón para suprimir estos efectos y conseguir el fin de la resocialización del individuo más allá del cumplimiento de su condena²²⁷². Sin embargo y como veremos en el apartado conclusivo, el indulto nunca podrá ser el instrumento a emplear dado que, de haberse cumplido íntegramente la condena (presupuesto de aplicación de las restricciones de derechos a los que BARKOW se refiere), la responsabilidad criminal debe entenderse extinta (art. 130. 1. 2º CP) y el indulto inaplicable al solo poder referirse a penas que aún no hubiera cumplido el condenado (art. 4 LI)²²⁷³. Discusión distinta sería la que dimanaba del tenor de los arts. 45 CP 1848 y 46 CP 1870, en relación con la irrelevancia del indulto en relación con la rehabilitación para el ejercicio de los cargos públicos y el derecho de sufragio o derechos políticos, si no existía pronunciamiento expreso en su concesión²²⁷⁴; o la imposibilidad de rehabilitar a quienes eran condenados a argolla o degradación, aunque se obtuviera el indulto de la pena principal, si no se aprobaba una ley especial (art. 29 CP 1848).

(B) Como ya se expuso en un apartado precedente de esta investigación, se encontraría una segunda utilidad al indulto, como mecanismo autónomo para incentivar la esperanza del

²²⁷⁰ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25.

²²⁷¹ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 19, 25, 61-62; MERKEL, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 250: «Auch können durch sie [die Gnade] Rechte, Fähigkeiten, Würden und Aemter, welche der Schuldige auf Grund des richterlichen Urteils bereits verloren hat, demselben wieder verliehen werden. Man bezeichnet sie in dieser letzteren Richtung als "Rehabilitation"».

²²⁷² BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», pp. 810, 866-868: «These collateral consequences have a devastating effect on the ability of formerly incarcerated individuals to reenter society successful without committing more crimes». En el mismo sentido, KEATING, «Executive clemency: an ancient power and a modern solution», pp. 13-14, 35; NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 89-90.

LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, pp. 171-172, 191: «En Estados Unidos, los antecedentes penales producen una grave exclusión del mercado laboral, afectan a los derechos sociales: por ejemplo, si se ha sido condenado, la persona se puede ver privada de determinadas pensiones o prestaciones económicas, y de los derechos políticos, ya que en algunos estados, el condenado a prisión no puede votar» (p. 171).

MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 31-33, vendría a referirse a la rehabilitación, conforme al régimen vigente con los arts. 45 y 46 del CP 1870, advirtiendo que el indulto podría ser el medio para obtener dicha rehabilitación, pero como remedio mientras la ley no determinase la forma de alcanzarla.

²²⁷³ A salvo la previsión que se contiene en el art. 8 LI respecto de la posibilidad de que sea devuelta la cantidad ya pagada en concepto de pena pecuniaria, si así se determina expresamente al acordarse la concesión.

²²⁷⁴ OSTOS MOTA, «El indulto», p. 1065, se muestra favorable a que el indulto se extienda a los antecedentes penales, sin esperar a que transcurran los plazos del art. 136 CP. En la nota 17, asume que los antecedentes pueden considerarse «*penas accesorias*», dado que «*comportan un mal para el penado en la medida que su existencia puede perjudicar su incorporación al mundo laboral, y por tanto, su reinserción*».

condenado, premiándole si lograrse conseguir el objetivo al que se dirige la pena: su resocialización²²⁷⁵. El indulto se instituye como recompensa suprema ante un comportamiento excelente del condenado que significa la satisfacción de aquél²²⁷⁶. Dado que esta cuestión fue tratada específicamente en dicho epígrafe anterior, a él me remito (*vid. bloque 4.4.1.*).

5.3.2.2. Conclusiones y contraste de premisas de partida

De cuanto ha sido investigado puede concluirse, en primer lugar, el reconocimiento de la institución del indulto en las teorías de la prevención especial. Verificado dicho extremo, se ha comprobado que:

(i) En supuestos excepcionales, que se han identificado en esta investigación como contextos transicionales, los defensores de las teorías de la prevención especial permiten de forma expresa y unánime acudir a la figura del indulto (bien sea acudiendo a la idea de la inteligencia del Estado empleada por VON LISZT o a la de los intereses políticos generales predominantes de MERKEL o BACIGALUPO ZAPATER; bien limitando su empleo a determinados delitos –políticos– como propusiera FERRI²²⁷⁷).

(ii) Respecto de los escenarios de normalidad, se han identificado funciones asignadas al indulto que han asumido o podrían cubrir otros mecanismos ordinarios del sistema penal. El trasvase de funciones hacia otras figuras y la superación de la institución del indulto llegan a ser reconocidos y aceptados por los valedores de los postulados preventivo-especiales.

En escenarios de normalidad, integrando el conjunto de propuestas planteadas, las justificaciones dadas al indulto pueden dividirse en dos subgrupos: aquellas relacionadas con la satisfacción del fin de la pena –la resocialización del sujeto condenado–, y aquellas no relacionadas propiamente con la consecución de dicho objetivo (como son el servir de mecanismo de corrección ante una aplicación disfuncional de una ley general a un caso concreto, de ajuste temporal entre la realidad social y una nueva legislación, y de enmienda de los errores judiciales).

Si lo que se pretende con el indulto es ajustar la aplicación de la norma general a las particularidades de un supuesto específico, se disponen de mecanismos suficientes para alcanzar la necesaria individualización sin necesidad de emplear para ello al indulto. En un primer estadio, se contaría con la individualización y determinación de la pena efectuadas por el aplicador del Derecho, de conformidad con las pautas (ya flexibles) marcadas por el legislador. Esa labor de individualización no queda constreñida a la fase de aplicación, sino que, una vez concretada la pena en la correspondiente sentencia, entran en juego todas las medidas preestablecidas en la regulación penitenciaria para efectuar dicha individualización en fase de ejecución gradual de la pena, que pudiera llegar a verse, incluso, suspendida.

²²⁷⁵ QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 240; RUIZ MUÑOZ, «Sobre el perdón y unos pañales», p. 2: «*el perdón puede tener cabida dentro de la justicia si contribuye a que el ofensor cambie, se rehabilite. Es el reconocimiento de la segunda oportunidad*».

²²⁷⁶ LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», p. 125; SHAW, «Clemency: A useful rehabilitation tool», en *The Army Lawyer Review*, agosto de 1975, p. 32.

²²⁷⁷ En el sentido de GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, pp. 172-173, 177.

Como ya se ha señalado, si el órgano enjuiciador observara la imposibilidad de alcanzar una solución justa y proporcional al supuesto concreto, entonces el déficit residiría no ya en el proceso de individualización sino en la norma a aplicar y, por consiguiente, se podría plantear una cuestión de inconstitucionalidad y, adicionalmente, una solicitud de derogación o modificación de las normas penales. Esta propuesta de derogación o modificación de normas penales sería posible no solo a instancia del órgano enjuiciador, sino conforme a los mecanismos previstos en nuestro texto constitucional (**vid. sección 4.3.2.**).

Si, como advirtiera FERRI, la condena penal ocasionase repulsa en la opinión pública por efecto de un desajuste temporal, en la medida en que la legislación actual fuera más beneficiosa para el condenado, habiendo sido adoptada con posterioridad al momento en que la sentencia fue dictada y que el sujeto cumple, nada impide, conforme a la regulación actual, la revisión de las sentencias dictadas con el anterior régimen más gravoso (art. 2. 2 y Disposiciones Transitorias 2ª, 4ª y 5ª CP).

Si de lo que se trata es de defender el indulto como mecanismo de reparación de errores judiciales, como apoyara VON LISZT, en atención a los derechos y libertades fundamentales afectados, dicha equivocación ha de corregirse a través del sistema de recursos establecido al efecto y, como remedio procesal último, acudir al recurso de revisión. De considerarse insuficiente el sistema establecido, la solución consistirá en la reforma de los mecanismos ya existentes, como ocurriera con la aprobación de la Ley 41/2015, de 6 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (**vid. apartado 4.3.5.**).

En relación con los razonamientos en apoyo de la figura del indulto desde argumentos dirigidos a la reinserción en sociedad del individuo condenado, estos quedaban desdoblados en dos vertientes. Aquellas razones que se basaban en la satisfacción temprana de la resocialización, antes de que el final (temporal) de la pena fuera alcanzado; y las que se centraban en el indulto como premio o incentivo del condenado.

En el primer subgrupo, las construcciones han de ser distinguidas en función del estadio temporal en que esa resocialización del sujeto fuera alcanzada en relación con la ejecución de la pena. En un escenario en el que la resocialización se ha culminado antes de que comience la ejecución de la sentencia de signo condenatorio por el transcurso de excesivo tiempo entre los hechos (no prescritos) y la condena, se produciría una pérdida de necesidad sobrevenida de que el sujeto verificase su reeducación en prisión. En estos supuestos, puede que la sentencia aún no haya sido dictada o que sí haya sido pronunciada. En su dictado, el órgano enjuiciador tiene a su disposición la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (art. 21. 6ª CP), las reglas generales previstas en el art. 66 CP que permiten su adaptación en función de las circunstancias personales del sujeto, o, de cumplirse los requisitos para ello, la suspensión de la ejecución de la pena, conforme a lo dispuesto en los arts. 80 ss. CP.

Si la reinserción social se hubiera satisfecho después de que la sentencia condenatoria fuera dictada, aun en grado de ejecución de sentencia puede modularse el régimen de cumplimiento para que dicha resocialización no se vea perjudicada. Ello es posible gracias al reconocimiento de un régimen penitenciario individualizable en el que se prevén grados de cumplimiento

adaptados a las necesidades del condenado y la posibilidad de acceder a la libertad condicional de forma anticipada.

En todo caso y como ya se advirtió al estudiar esta materia, si se entendiera necesario modificar el tenor literal del actual art. 80 CP para extender y ampliar los supuestos en los que dejar en suspenso el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad, nada impide su reforma (*vid. epígrafe 4.3.2.1.*)²²⁷⁸.

Si la resocialización del individuo se produce durante el periodo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, una vez interno en el establecimiento penitenciario y antes de que finalice la liquidación de su condena, no es necesario acudir al indulto. Como el propio MERKEL, defensor de este concreto argumento, señaló, instituciones como la libertad condicional habrían desplazado a aquella figura. Adicionalmente, nuestro sistema penitenciario basado en la individualización y en la previsión de grados que permiten la adaptación del régimen a las necesidades preventivo-especiales del sujeto (incluido el adelantamiento de la libertad condicional como beneficio penitenciario), satisfaría sobradamente esta función que pretende asignarse al indulto (*vid. sección 4.3.2.*).

Si de lo que se trata es de conseguir la rehabilitación del individuo tras el cumplimiento de su condena para conseguir su reintegración en la sociedad, el indulto no puede, por definición, ser la solución. Ello se debe a su limitado alcance (a la pena, que ya habría sido totalmente satisfecha), a su esencial carácter rogado y a su aplicación no automática²²⁷⁹.

Por ello, en aquellos ordenamientos en los que se prevean restricciones de derechos políticos, civiles o sociales después de que la condena sea íntegramente cumplida²²⁸⁰, habrá de actuarse en una doble dirección. Habrán de revisarse dichas restricciones y eliminarse aquellos obstáculos que impiden, de facto, la libre reinserción del sujeto en sociedad²²⁸¹ (como el veto al ejercicio del derecho de sufragio activo²²⁸²) y, de entenderse susceptibles de ser mantenidas,

²²⁷⁸ Vid. *referencias contenidas en el epígrafe 4.3.2.1. Desproporción entre hecho y pena. Dilaciones indebidas.*

²²⁷⁹ GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», p. 898, sobre que la rehabilitación no es manifestación del derecho de gracia, sino un auténtico derecho subjetivo del condenado.

²²⁸⁰ Una discusión distinta será la potencial revisión de las restricciones de derechos que se imponen a los condenados mientras cumplen la pena y que serán proporcionadas, impactando en la justa medida en los derechos de los presos. Recientemente, se ha considerado contraria al art. 3 del Protocolo núm. 1 del CEDH la prohibición absoluta de votar aplicable a todos los individuos condenados a penas de prisión, dado que la restricción no es proporcionada (no se adapta a las circunstancias del caso, ni a la gravedad del delito o al comportamiento del autor) –sentencia del TEDH (Secc. 5) de 21 de julio de 2016, caso Kulinski y Sabev contra Bulgaria–.

²²⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, «Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos», en Indret, núm. 4, octubre de 2014, p. 30: «*Se trata de atribuir a condenados y excondenados un estatus político, civil y social inferior, mantenerles en una situación socialmente deshonrosa y estigmatizadora que les coloca en los márgenes de la sociedad, sin posibilidad de ejercer plenamente su condición de ciudadanos ni desarrollar sus proyectos vitales. La negación de derechos políticos, como el de sufragio activo o el de mantener la residencia legal en país extranjero, saca al condenado y excondenado de la comunidad política o le excluye de la sociedad en la que había sido aceptado. El bloqueo de derechos civiles y sociales, como el acceso a un empleo, a la función pública, a la patria potestad, a subsidios públicos, a viviendas sociales, a prestaciones educativas o sanitarias constituye un formidable instrumento de desintegración social de estos colectivos.*».

²²⁸² DÍEZ RIPOLLÉS, *ibid.*, pp. 30-31: «*Entre los derechos políticos, la privación del derecho de sufragio activo a condenados y excondenados está muy arraigada en Estados Unidos, vinculada a un gran número de delitos cuando no a todos, y extendiéndose con frecuencia durante largos periodos de tiempo tras la liquidación de la*

acoger un sistema vinculado al mero transcurso del tiempo. En relación con los antecedentes penales, por ejemplo, éstos deberían ser siempre susceptibles de cancelación y ésta quedar sujeta a un sistema de plazos, tal y como así recoge nuestro art. 136 CP²²⁸³ –y, de entenderse aquéllos excesivos, modificar la legislación para acortarlos–.

Si lo que se pretende es emplear el indulto como incentivo o recompensa para conseguir la resocialización del condenado a los fines de instituirlo como un beneficio penitenciario máximo, debe precisarse que de conformidad con lo dispuesto en el art. 25. 2 CE, dicha finalidad no debe entenderse como excepción, sino predicarse de todas las penas a ejecutar.

En segundo lugar, la regulación penitenciaria ya considera positivamente la buena conducta del condenado, permitiendo una ejecución de la pena individualizada en la que se prevé la posibilidad del adelantamiento de la libertad condicional como beneficio penitenciario, cuyo régimen podría ser normativamente ampliado, de estimarse necesario (*vid. apartado 4.3.2.*). Por tanto, también en este ámbito, el indulto se ha visto superado por instituciones sometidas a requisitos predeterminados, dotadas de mayores garantías y que resultan, en la práctica, menos perturbadoras para el sujeto condenado²²⁸⁴ y la propia sociedad²²⁸⁵.

En definitiva, aquellos que se han aproximado al estudio del indulto asumiendo las hipótesis de partida de la prevención especial, se han percatado de que, en realidad, dicha institución ha perdido su importancia a favor de otros mecanismos²²⁸⁶. Dichos instrumentos impactarían no solo en el momento de determinación de la pena a aplicar al sujeto sino en los términos en los que el castigo finalmente impuesto haya de ser satisfecho.

Nos referimos, entre innumerables, a la introducción expresa de atenuantes *ex lege*, a la previsión de una circunstancia atenuante analógica, a la incorporación de horquillas en relación a los márgenes penológicos asociados a las figuras delictivas²²⁸⁷, a la suspensión de la

condena, en ocasiones a perpetuidad; su extendida aplicación ha terminado afectando significativamente al cuerpo electoral, desapoderando de modo especial a determinadas minorías sociales, y se han podido realizar fundadas estimaciones sobre el grado en que los resultados electorales federales y estatales están siendo afectados desde hace algún tiempo».

²²⁸³ Con la reforma operada en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se eliminó el requisito de la satisfacción de la responsabilidad civil para cancelar los antecedentes. La justificación dada a la reforma legislativa fue conseguir facilitar el procedimiento de cancelación, si bien, al tiempo que se suprimía aquella condición, se produjo un incremento de los plazos para permitir proceder a tal cancelación.

²²⁸⁴ NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», pp. 235-236: «*Es preferible hacer uso de los instrumentos que la propia legislación penitenciaria ofrece para reconocer los avances en la rehabilitación y reeducación de los penados, máxime sabiendo que el indulto podría llegar a ser un elemento perturbador en el ámbito penitenciario al no recaer necesariamente en el penado que se encuentre en mejores condiciones de reinserción*».

²²⁸⁵ LÓPEZ AGUILAR, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 298-300.

²²⁸⁶ GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», pp. 907-908, reflejaba ya en 1972: «*en el terreno teórico no encontramos un fundamento firme al indulto, que podría ser ventajosamente sustituido por instituciones tales como la libertad condicional, la condena condicional, la revisión de procesos y, sobre todo, por la sentencia penal indeterminada; pero en tanto no adquieran tales instituciones el adecuado desarrollo, los indultos siguen siendo de una utilidad práctica indudable*»; GARCÍA SAN MARTÍN, *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, pp. 66-67, sobre la superación del indulto, también a través de la decisión de internamiento en centros de rehabilitación.

²²⁸⁷ VON LISZT, «Kriminalpolitische Aufgaben I», p. 497, ya propuso su incorporación en 1889; mismo autor, «Kriminalpolitische Aufgaben III», p. 53.

ejecución²²⁸⁸, su sustitución por penas alternativas (bajo un régimen único desde la LO 1/2015, en nuestro sistema), la remisión condicional, la libertad condicional²²⁸⁹ o el propio sistema de individualización de la ejecución de la pena²²⁹⁰ (art 72 LOGP y arts. 100 ss. RP). A este respecto, en relación con la libertad condicional (próxima, en cuanto a su naturaleza a un derecho subjetivo de los internos²²⁹¹), se ha llegado a predicar su indisolubilidad respecto de la ejecución de la pena, dado que suavizaría la potencial inflexible rigidez, mejorando las pautas normativas y permitiendo «poner fin a un sufrimiento que cuando no es necesario resulta injusto»²²⁹². Ello convierte al indulto, desde esta perspectiva, en una figura obsoleta²²⁹³ y superada.

²²⁸⁸ LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, pp. 93-95, que, a diferencia de la suspensión del fallo planteada como novedad en el Anteproyecto de Código Penal de 1979, implica dictado de la sentencia.

²²⁸⁹ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», p. 25; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 421-426, 600; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 45, si bien acoge recurrir al indulto cuando se haya alcanzado el fin resocializador, apunta: «Sin embargo, esta tesis, a nuestro entender, debe reconsiderarse (...) ya que tal vez se esté en este caso utilizando como ocultación de un sistema penitenciario deficiente»; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, pp. 95-97, sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1979: «En cuanto a los casos en que las penas son demasiado largas porque a efectos de prevención especial no sea necesario el cumplimiento de tanto tiempo (es decir, baste con menos) como supone la pena impuesta en la sentencia, aunque sea en el límite mínimo del marco penal, en el campo de los substitutivos penales se ofrece como posible solución la libertad condicional»; MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, «Propuesta alternativa de la parte general del código penal», p. 614: «También se amplían en la Propuesta Alternativa las posibilidades de suspensión del fallo, de la condena condicional y de la libertad condicional. (...) En lugar de condicionarse al dato de pasado de que el reo haya delinquirido por primera vez, ambas figuras [suspensión del fallo y condena condicional] requieren un pronóstico futuro de que el sujeto no volverá a delinquir, lo que parece coherente con el fundamento preventivo especial de aquéllas. Destaca la posibilidad de que se introduce de otorgar con carácter excepcional la suspensión del fallo o la condena condicional respecto a hechos a los que corresponda una pena de prisión inferior a cuatro años, (...), cuando la pena no sólo no resulte necesaria en orden a evitar la recaída en el delito, sino que aparezca como contraproducente para tal fin –se está pensando en casos muy especiales, como aquellos en los que el sujeto ya ha logrado su difícil reinserción social, y el cumplimiento de la pena vendría de nuevo a ponerla en peligro–. Se trata, por supuesto, de una facultad de la que los jueces han de hacer uso con suma prudencia, pero que pueda evitar tener que acudir a la vía de la solicitud de indulto particular cuando no se trata de que “se merezca el perdón”, sino que lo aconsejable sea una medida preventiva especial, como la suspensión del fallo o la libertad condicional».

STC de 2 de noviembre de 2015, al analizar una demanda de amparo formulada por un interno ante la negativa del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a promover el indulto ex art. 206 RP, destaca: «la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Primera) añadió en su Auto de 5 de febrero de 2014 otro argumento concreto y es que el penado ya disfrutaba anticipadamente del beneficio de libertad condicional, o, lo que es lo mismo, que la Administración penitenciaria ya estaba llevando a efecto una actividad concretamente encaminada a cumplir la finalidad resocializadora de la pena impuesta, encontrándose, de hecho, el solicitante en una situación material de libertad. En otras palabras, el órgano judicial puso de manifiesto que ya se había evaluado con anterioridad cuál era el medio idóneo para conseguir la plena reinserción del penado, que disfrutaba, pues, de un mecanismo de resocialización cualificado».

²²⁹⁰ SOLAR CALVO, «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una interpretación amplia y posibilista», en *Diario La Ley*, núm. 8912, de 1 de febrero de 2017, pp. 1-4, sobre la flexibilización en el modelo de ejecución: «Nuestro sistema va más allá de su antecesor al pautar los tiempos carcelarios haciéndolos depender principalmente de la evolución tratamental del interno. (...) Pesa mucho más la perspectiva reformista, centrada principalmente en conseguir el cambio de conducta del interno, que prolongar su estancia en prisión cuando ese efecto ya ha sido logrado» (p. 1). Advierte, sin embargo, la existencia de críticas en la interpretación del art. 100. 2 RP que, en su opinión, debe ser aplicado de forma favorable a la individualización y flexibilización del régimen aplicable al condenado.

²²⁹¹ SOLAR CALVO, «La libertad condicional antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP núm. 5 de Madrid de 3 de noviembre de 2016», pp. 1-2.

²²⁹² CADALSO, *La libertad condicional*, p. 42; ZAGREBELSKY, *Amnistía, indulto e grazia*, p. 182.

Por motivos de homogeneidad con anteriores apartados de la investigación y para mayor claridad, se recogen las anteriores conclusiones en el siguiente cuadro:

| Justificación del empleo del indulto por las teorías de la prevención especial | Institución que reemplaza o supera el empleo del indulto |
|---|---|
| Desajuste al caso concreto (individualización) | <ul style="list-style-type: none"> - Individualización y determinación de la pena por el aplicador - Cuestión de inconstitucionalidad - Solicitud de derogación o modificación de las normas penales - Individualización en fase de ejecución de la pena |
| Desfase por no aplicación de nueva legislación, más beneficiosa para el condenado | Revisión de la sentencia |
| Errores judiciales | Sistema de recursos (recurso de revisión) |
| <p>Dilaciones indebidas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Antes de la sentencia - Durante - Después de la sentencia | <ul style="list-style-type: none"> - Circunstancia atenuante legal - Régimen penitenciario gradual (libertad condicional) - Beneficio penitenciario (adelantamiento de la libertad condicional) - Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad - Régimen y beneficios penitenciarios - Posibilidad de modificación del art. 80 CP para incorporar nuevo supuesto habilitante para el acceso a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad |
| Rehabilitación del condenado (restricciones de derechos políticos, civiles o sociales) | <ul style="list-style-type: none"> - Supresión - Sujeción a plazos automáticos (art. 136 CP) |
| Esperanza de salida de prisión anticipada ↔ Incentivo mejor comportamiento | <ul style="list-style-type: none"> - Art. 25.2 CE (todas las penas) - Regulación penitenciaria (consideración buena conducta) → Adelantamiento libertad condicional |

²²⁹³ DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», p. 354.

En conclusión, el anterior proceso de identificación y comparación permite, también en relación con las teorías de la prevención especial, confirmar nuestra tesis. En un escenario de normalidad, las razones que motivaban el recurso al indulto se han venido a satisfacer, reemplazándolo, por instituciones más adecuadas, más garantistas y que generan menos fricciones en un Estado de Derecho. Por el contrario, en escenarios de transición, el indulto podría tomarse en consideración como un posible instrumento a emplear para gestionar esos singulares contextos.

Hasta este punto de la investigación (tanto al analizar las funciones asignadas a la institución como al efectuar el estudio en atención a la consecución y satisfacción de los fines de la pena), ha estado planeando, suspendida en el espacio, la idea de que la figura del indulto, en comparación con otras instituciones o instrumentos por los que se habría visto superada, generaría fricciones o distorsiones en el seno de un Estado de Derecho. Por tanto, resulta ineludible entrar a analizar, como último punto de esta investigación y a modo de cierre ¿cuáles son las fricciones que origina la institución del indulto en un ordenamiento como el nuestro? Y ¿qué consecuencias acarrearía la constatación de dichas disfunciones?

[6] Ámbitos de tensión de la figura del indulto en un Estado de Derecho

Análisis constitucional

En atención a que el indulto no solo debe considerarse como una institución penal sino también constitucional²²⁹⁴, el presente apartado se dedicará, cual cierre, a investigar las reflexiones que suscita la figura desde esta última perspectiva al pretenderse su encaje y empleo en un Estado de Derecho. Al haber asumido una perspectiva holística, no puede dejar de efectuarse un análisis de los efectos –las disfunciones, ya lo adelantamos–²²⁹⁵ que la concepción actual de la institución y su aplicación práctica ocasionan²²⁹⁶.

Si imagináramos a meros efectos figurativos que vivimos bajo un régimen propio de las monarquías absolutas del siglo XVII, ninguna de las siguientes reflexiones merecería mayor aprecio, pues devendrían en argumentos vacíos de contenido. Como resultado de nuestra investigación se advirtió que, entonces, la decisión de indultar obedecía a una lógica basada en una determinación de las decisiones del Rey meramente personal, incontrolable e incontrolada²²⁹⁷. En el ámbito de esa facultad asumida como indelegable²²⁹⁸, el Jefe del Estado

²²⁹⁴ GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, p. 23; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 4, 120, 142; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 188.

²²⁹⁵ BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, pp. 55-68, citando a KELSEN, advierte cómo los detractores de la figura señalan las disfunciones que genera en el sistema de contrapeso de poderes (principio de separación de poderes), cómo supone una interferencia en el poder judicial o se contrapone al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (p. 56). Así se destaca que, al quebrar el principio de separación de poderes, produce, entre otros efectos, una brecha en el Estado de Derecho, una laceración del principio de igualdad o una «aporía a que conduce su práctica» (pp. 66-67).

ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 1, desde el principio de su obra, advierte su apariencia «colidente» con los principios constitucionales.

²²⁹⁶ Vid. la completa monografía de AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia, passim*; FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 22: «Die staatsrechtliche Einordnung der Gnade in die Systematik des modernen Rechtsstaats mit seinem Gewaltenteilungsgrundsatz bereitet aufgrund der besonderen Funktion und des geschichtlichen Herkommens des Begnadigungsrechts nicht unerhebliche Schwierigkeiten».

²²⁹⁷ KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, p. 582, refiriéndose incluso a etapas posteriores (los indultos otorgados por el Presidente Lincoln en el s. XIX): «Für ihn war Gewährung oder Verweigerung der Gnade noch eine zutiefst persönliche Entscheidung, eine qualvolle Last».

²²⁹⁸ Vid. apartado 3.2. *La raíz divina de la potestad de indultar. La semilla absolutista de la figura.*

Dada cuenta de la relevancia de la delegación de la facultad de indultar en Alemania –problema que en nuestro orden interno no se replica– algunos autores germanos destacan que necesariamente cuando ese poder monopolístico del Jefe del Estado se ha delegado en otros órganos –se administrativiza o burocratiza– es cuando tiene que acomodarse al ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho. Si la facultad residiera en una persona que gozase de poder ilimitado al estilo del monarca absoluto, no se podría exigir que la figura del indulto estuviera sujeta a requisitos materiales o formales. En la medida en que esa potestad no puede describirse ya de este modo en aquel país, sino que se delega a órganos de la Administración (Ministerpräsident, Staatsminister der Justiz, etc.) deben serle aplicadas todas las normas y exigencias de los actos propios de la administración (cfr. BÖLLHOFF, *Begnadigung und Delegation: Die Delegation der Entscheidungszuständigkeit des Begnadigungsrechts und ihre Grenzen*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2012, pp. 199 ss.; BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 27-42; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 61-63).

En esa línea se desliza el pensamiento recogido en el voto particular de RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ a la STS de 20 de noviembre de 2013, al defender que la potestad de indultar no es una facultad sustancialmente gubernamental, sino una atribución constitucional del Rey como Jefe del Estado; reflexión que se complementa con el voto discrepante formulado a esa misma sentencia por LESMES SERRANO y al que se

podía, a su libre arbitrio, conceder o dejar de otorgar indultos como continuación de esa misericordia divina²²⁹⁹ carente de engarce en nuestro régimen actual²³⁰⁰. El indulto se trataría cual muestra de amor puro, inaprehensible, no motivable ni sujeto a argumentos racionales –al menos, desde los parámetros corrientes–²³⁰¹. Su empleo respondería al rol de Juez Supremo, padre y pastor que el monarca absoluto debía, entonces, representar²³⁰².

De encontrarnos en el escenario dialéctico diametralmente opuesto en que todas las formas por las que el condenado pudiera anticipadamente salir de prisión –o verse exonerado del cumplimiento restante de la pena impuesta– respondieran a la aplicación de un procedimiento legal común y preestablecido bajo la aplicación de condiciones normadas, previas y conocidas, el ámbito de planteamiento de estas cuestiones, en el seno del Estado de Derecho, tampoco merecería acogida pues, igualmente, la hipotética discusión quedaría vacua *a limine*, dado que el indulto no responde a dichas premisas.

No estando inmersos en ninguna de esas situaciones polarizadas y una vez que la Constitución prevé y respalda la subsistencia de la prerrogativa de indulto, su existencia y ejercicio no deja de generar perturbaciones en el orden jurídico actual. Se arguye que su propia configuración y, sobre todo, los límites y cautelas establecidos a su ejercicio podrían resultar insuficientes para diferenciar una prerrogativa de gracia aceptada en un Estado constitucional de Derecho y un ejercicio arbitrario guiado por la sola voluntad de su titular, propio de la *indulgentia principis* o de las decisiones emanadas de aquellos monarcas absolutos²³⁰³.

Como oportunamente precisó WALDHOFF, la institución del indulto se presenta ante el Estado de Derecho como un cuerpo extraño, con rasgos configuradores excepcionales y, por tanto, ocasiona distorsiones desde su raíz²³⁰⁴.

adhirieron otros nueve Magistrados en el sentido de que la exigencia de motivación respecto de los actos de la Administración se deriva de su tratamiento como poder fiduciario, poder delegado no creativo lo que, según se extrae del voto formulado, no ocurriría «con el indulto donde el Gobierno no actúa con un poder delegado de la Ley en cuanto a sus fines». En contra de la posibilidad de delegar la prerrogativa, BOURGET, «Entre amnistía e imprescriptible», p. 50; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 23-25, quien acepta dicha delegación solo en circunstancias excepcionales.

Sobre la desnaturalización de la institución que la burocratización produce, convirtiendo al indulto en acto de rutina, ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 218-221.

²²⁹⁹ En el sentido expuesto en la homilía de clausura del Año Santo de la Misericordia convocado por el Papa Francisco en diciembre de 2015, celebrada el 20 de noviembre de 2016.

²³⁰⁰ MONZ, «Die Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen», p. 139.

²³⁰¹ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 194-197.

²³⁰² Vid. apartado 3.2. *La raíz divina de la potestad de indultar. La semilla absolutista de la figura.*

²³⁰³ STS de 20 de noviembre de 2013; ATS de 9 de octubre de 2012; voto particular de PICO LORENZO a la STS de 30 de enero de 2014; voto particular de la misma Magistrada a la STS de 6 de junio de 2014.

²³⁰⁴ WALDHOFF, «Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?», pp. 131-132, 145-146: «Gnade kann in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes nur ein Fremdkörper sein» (p. 131); «Gnade und der Rechtsstaat des Grundgesetzes bleiben einander notwendigerweise fremd, weil es sich um inkommensurable Kategorien handelt» (p. 145); «Gnade als Vorrecht des Staatsoberhauptes erweist sich wie kaum eine andere Kompetenz des Bundespräsidenten als unreflektierte, unkritisch forttransportierte Schlacke aus nicht anschlussfähigen Epochen der Verfassungsgeschichte, als Fremdkörper im Verfassungssystem des Grundgesetzes» (p. 146). En el mismo sentido, BÖHM, «Richterliche Mitwirkung bei Vollstreckung und Vollzug von Freiheitsstrafe», p. 337; HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», pp. 117, 123; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 113-120: «Das Gnadenrecht steht, wie dargelegt wurde, nicht in vollem Einklang mit rechtsstaatlichen Prinzipien, es ist mit einigen Grundrechten nicht vereinbar und andere

Admitido ese carácter *foraneus*, extraño o singular²³⁰⁵ y en atención a los potenciales roces con principios basales y configuradores del ordenamiento jurídico, las alternativas fundamentales que se plantean serían dos: **(i)** consentir que la cualificación de dicho carácter y la relevancia de los motivos que impulsan su concesión justifiquen la excepcionalidad de su régimen y su configuración como institución para la que precisamente las excepciones sean la norma²³⁰⁶; o **(ii)** rechazar que pueda permitirse tal justificación, en atención a los graves desequilibrios que la figura del indulto ocasiona y a que, eventualmente, dicha institución puede quedar reemplazada por otras menos distorsionantes o que directamente no generan tales alteraciones.

Intuitivamente se acepta en este punto de la investigación, como hipótesis de partida para este capítulo, una preliminar inclinación por la segunda de dichas opciones. Sin embargo, para confirmar si nuestra preferencia está fundada, será necesario corroborar si efectivamente se producen dichos desequilibrios y, de constatarlos, valorar conjuntamente aquéllos. Con ese análisis se pretende alcanzar una conclusión sobre si la figura del indulto tiene acomodo en el Estado de Derecho actual y en un Derecho penal moderno y, de verificar disfunciones, si tal encaje sería posible a través de una propuesta de mejora de su régimen que redujera, en la medida de lo posible, esos roces estructurales de cariz constitucional²³⁰⁷, o si éstos son tan agudos que cuestionan la propia existencia de la institución.

Adviértase que una configuración del indulto que pretendiera situarlo por delante del Derecho²³⁰⁸ –como refleja el conocido proverbio alemán *Gnade vor Recht*–, como una figura preeminente respecto de él, o que proyectara emplazarla extramuros de aquél²³⁰⁹, como una

werden zwar nicht verletzt, aber doch erheblich tangiert. (...) Aus diesen Gründen erscheint die Gnade als Fremdkörper in unserem Rechtsstaatssystem und muss abgeschafft werden» (p. 113); GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», p. 1; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, p. 1001, § 76, 2; PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht*, p. 51; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 56.

En contra, HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», pp. 416, 418 defiende considerar el indulto como elemento corrector, inherente del sistema: «*Trotzdem kann man die Begnadigung als notwendiges, sachlich begründetes, korrigierendes Institut der Strafjustiz, also als systemimmanentes Element verstehen. Sie muss nicht als systemfremdes, archaisches Relikt abgelehnt werden»* (p. 416); BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 43-45, 286-287. La posición de BLAICH ha sido expresamente criticada por naïf y «*unbeholfen*» por WALDHOFF, «*Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?*», p. 133, nota 6.

²³⁰⁵ DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 40; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1044: «*La institución del indulto mantiene así en nuestro ordenamiento su naturaleza singular, difícilmente categorizable jurídicamente, y cuyo encaje en el sistema jurídico constitucional plantea numerosos problemas».*

²³⁰⁶ DERRIDA, *Perdonar*, p. 37; DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 43.

²³⁰⁷ Así, por ejemplo, AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 255-257.

²³⁰⁸ Cfr. Epístola del Apóstol San Pablo a los Romanos 6, 14-18.

BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 40-42; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 62.

²³⁰⁹ Voto particular formulado por LESMES SERRANO, con la adhesión de nueve Magistrados, a la STS de 20 de noviembre de 2013: «*En un acto graciable como es el indulto, la decisión de concederlo o no y las razones por las que se concede, forman parte de su núcleo esencial y se sitúan extramuros del Derecho. (...) Las razones del indulto nunca pueden ser jurídicas, es decir basadas en posibles contravenciones del ordenamiento jurídico, pues admitirlo así sería tanto como reconocer al Gobierno el poder de revisar sentencias judiciales desde el Derecho, lo que ya hemos dicho que resulta constitucionalmente inadmisibile. Por esto podemos afirmar que el*

institución derivada de un poder ajurídico²³¹⁰, no tendría encaje en un Estado constitucional y democrático de Derecho²³¹¹. Para que el indulto sea una institución admisible debe concederse a través del Derecho, por medio de él, sin que pueda establecerse un dualismo o dicotomía entre indulto y Derecho²³¹². De esta forma, si la decisión de indultar implicara excepcionar automáticamente los principios generales rectores del Estado de Derecho, entonces se estaría respaldando una situación análoga a la situación de superioridad del indulto respecto del Derecho y, por consiguiente, un escenario inadmisibles ya que, se insiste, para que fuera defendible su mantenimiento, asumo que la figura del indulto debe configurarse como instituto de Derecho, sujeta a él²³¹³.

Para alcanzar el objetivo proyectado en este epígrafe, metodológicamente se propone identificar y analizar aquellas potenciales fricciones que la figura del indulto genera desde un plano sistémico, bajo una perspectiva constitucional y en relación a los principios basales del Estado de Derecho. Para valorar cómo impactan con el enunciado de nuestra tesis, examinaremos los reproches planteados respecto de su actual configuración²³¹⁴; censuras que han sido tan diversas como contundentes²³¹⁵.

núcleo esencial del derecho de gracia (concesión o no concesión y razones por las que se hace), no está sujeto a ningún tipo de elemento reglado (...), sino a otras consideraciones ajenas al Derecho». Ya RADBRUCH, «§ 24 Die Gnade», p. 164.

²³¹⁰ Inspirado en la idea del perdón puro de JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, p. 17: «El perdón pertenece al ámbito extralegal, extrajurídico».

²³¹¹ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 159: «Die These Gnade vor Recht ist damit als außerrechtliches Postulat anzusehen, das mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren ist»; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 16; LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», p. 127; MONZ, «Die Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen», p. 139; RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», pp. 42-44: «Eine entsprechend verfahrenende, geregelte Praxis hat die Gnade ihres transrationalen Charakters beraubt und zu einem Institut des Rechts neben anderen gemacht. Auch die Gnade in ihren noch vorhandenen Resten kann für den Rechtsstaat nur im Recht existieren»; SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, pp. 772, 1380. En la doctrina española, MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 314: «ignorando que tenía su razón de ser cuando la titularidad del poder político residía en el soberano pero que tiene difícil encaje en los sistemas democráticos en los que el poder de legislar se residencia, en la soberanía popular».

En contra, aceptando su perfecto encaje, SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», pp. 1249-1255.

²³¹² MONZ, «Die Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen», pp. 138-139: «Bei allen diesen Entscheidungen wird von bestimmten Prämissen ausgegangen, die den Charakter der Gnadenentscheidungen entweder der Rechtsordnung zuordnen oder sie als ausserhalb stehend betrachten. Deshalb bedarf es zunächst einmal der Klärung dieser Frage». (p. 138) «Der Verfassungsgeber und folglich der heutige Staat glauben selbst nicht mehr an den Dualismus von Gnade und Recht, also an die Unabhängigkeit der Gnade vom Recht (...). Deshalb muss auch hier die Möglichkeit der Kontrolle bleiben, um einer gerechten Entscheidung wenigstens nahe zu kommen. (...) Also hat die Gnadenentscheidung auch nach diesem höchstrichterlichen Spruch zumindest heute ihre Sonderstellung außerhalb der Rechtsordnung verloren und steht damit nicht mehr außerhalb dem System der anfechtbaren Maßnahmen der öffentlichen Gewalt» (p. 139); SCHENKE, «Rechtsschutz gegen Gnadenakte», p. 591.

²³¹³ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 42-46; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 111.

²³¹⁴ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 46-47, 49, si bien no cuestiona la propia existencia de la institución, que asume como punto de partida para analizar los problemas constitucionales que suscita, afirma que en contraposición a las medidas de gracia aplicables a colectivos indeterminados o genéricos (por ejemplo, tras una guerra civil o levantamiento popular), los concedidos a sujetos determinados son los que presentan problemas jurídico-constitucionales más relevantes y que su inserción en la Constitución no hace aporoblemática la institución. Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 923, quienes, aunque señalan la necesidad de la figura para el

En un segundo apartado conclusivo y sin marginar las conclusiones alcanzadas ya alcanzadas por la investigación, se analizará si, de constatarse los desequilibrios, pueden ser neutralizados con alguna propuesta de mejora o si obedecen a elementos respecto de los que se carece de capacidad de incidencia. Tras una valoración conjunta y de concretarse ese segundo escenario (incapacidad de repercusión a través de una propuesta solvente), trataré de identificar cuáles serían las alternativas por las que dogmáticamente podría optarse.

6.1. El indulto como excepción al principio de separación o división de poderes y al principio de cosa juzgada

6.1.1. El indulto como excepción al principio de separación o división de poderes

La concesión del indulto supone que un Real Decreto, emitido por decisión del poder ejecutivo, muta o deja sin efecto (total o parcialmente), la pena pendiente de ejecutar que haya sido impuesta a un condenado, a través de una sentencia que ha alcanzado su firmeza y tras la celebración de un proceso con todas las garantías.

Como advierten distintos autores, dicha concesión supone una interferencia²³¹⁶, invasión²³¹⁷, injerencia²³¹⁸, atentado²³¹⁹ o intromisión²³²⁰, con cobertura constitucional²³²¹ (art. 62. i. CE) y

acometimiento de determinadas funciones, que enumeran, advierten que: «*In einem demokratischen Rechtsstaat, der sich durch die gleichmäßige Anwendung des Rechts gegenüber jedermann legitimiert, ist allerdings der Platz der Gnade zweifelhaft geworden*».

²³¹⁵ Ya recopiladas sintéticamente en DORADO MONTERO, voz «Amnistía é indulto», pp. 703-704.

Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, p. 500, asumiendo expresamente las posiciones de BECCARIA, BENTHAM y ARENAL: «*Supervivencia de tiempo en que el ejercicio de la acción penal era un atributo del Soberano, que, por ende, podía renunciar a ella a su capricho para fines políticos o meramente de festejo público o hasta familiar, es natural que el Derecho penal moderno haya contemplado con suma prevención el ejercicio de este llamado "derecho de gracia", que contradice los más elementales principios que informan o deben informar un perfecto Estado de Derecho*». En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, «El "Caso Liaño", Indulto no, gracias»; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 54-86.

²³¹⁶ AGUADO RENEDO, «Derecho de gracia», p. 63; MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 293; ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», pp. 504-505, 507, utiliza indistintamente los conceptos de interferencia e injerencia; SERRANO MAÍLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», p. 610; VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (10:56-11:14).

²³¹⁷ SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», pp. 2-3, 12.

²³¹⁸ GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, p. 49, lo consideran como nota definitoria; QUERALT JIMÉNEZ, «El "Caso Liaño", Indulto no, gracias»; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 139-140, indica, crítico con la asunción, que, de entender la gracia como dispensación, «*ésta no se dejaría conciliar con un régimen de separación de poderes*».

²³¹⁹ MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 223.

²³²⁰ COMAS D'ARGEMIR, M., «El indulto no deshace el delito»; CORTÉS BECHIARELLI, «Pasado, presente y futuro del indulto en España», (Parte I 3:05-3:13; 18:07-18:40); DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 40; ESPINA RAMOS, J. Á., «Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante: razones de su improcedencia», p. 2; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, pp. 7-8, 56; GARCÍA MAHAMUT, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», p. 614; GARCÍA SEDANO, «El indulto», pp. 1-2; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», p. 1; MESTRE DELGADO, «Gracia y Justicia (1)», p. 3 lo califica como «*evidente interferencia*», si bien defiende su existencia por ser una institución «*útil y hasta necesaria*»; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», pp. 226, 232-233, 246, 248, llega a calificar al indulto como un arma con la que se puede atacar y herir de gravedad al poder judicial; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC,

legal (art. 18. 3 LOPJ), del poder ejecutivo en la potestad jurisdiccional que, ex art. 117. 3 CE, reside exclusivamente en Juzgados y Tribunales predeterminados por la ley, quienes tienen atribuida, de forma monopolística e independiente, la facultad no solo de juzgar sino de ejecutar lo juzgado²³²². Precisamente esta segunda competencia es la afectada por el indulto²³²³.

Compendio de Derecho penal, Parte General, p. 387; QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, p. 500. Razonablemente crítico, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 9: «El derecho de gracia se constituye como un límite no suficientemente justificado a la división de poderes». Siguiendo a SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 293.

Más contundente, BUENDÍA CÁNOVAS, «La necesaria derogación de la institución del indulto», p. 1, calificándolo de «acto de desprecio a la judicatura, al situar sus decisiones en una posición subordinada a los actos de gobierno».

Sin embargo, PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 32-33, ponen en duda que pueda sostenerse dicha intromisión, dado que la propia naturaleza del indulto confirma, según dichos autores, su respeto hacia las decisiones emanadas de las otras instituciones del Estado.

²³²¹ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 901-902, 912-913, sobre el carácter aparente de la contradicción de la gracia, al propiciarla la CE; mismo autor, «Derecho de gracia», pp. 59, 63, deduce de ello que la discusión sobre la figura se podría plantear en el ámbito de la filosofía política pero no desde la perspectiva jurídica: «desde el instante en que el texto constitucional prevé la institución de la gracia la misma se configura como una interferencia permitida en la labor jurisdiccional. (...) Constitucionalizada la misma, sin embargo, la cuestión puede resultar polémica metajurídicamente, pero no desde el derecho positivo vigente» (p. 59); BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 45; FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», p. 22; FRAILE ORTIZ, «Reseña», pp. 507-508; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 101-105; Díez SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», p. 1178, deriva de ello que la incompatibilidad o interferencia es teórica y muy relativa, por el reconocimiento constitucional, por el aval del TC y por la intervención del órgano judicial en la tramitación del expediente de indulto.

STC alemán de 23 de abril de 1969 y de 12 de enero de 1971: «Diese Entscheidung beruhte auf der Erwägung, daß der Gnadenakt einen Eingriff der Exekutive in den Bereich der rechtsprechenden Gewalt bedeutet, wie er sonst dem Grundsatz der Gewaltenteilung fremd ist. Der Grundgesetzgeber selbst hat aber dadurch, daß er das Begnadigungsrecht in dem geschichtlich überkommenen Sinn übernommen hat, die Gewaltenteilung modifiziert und im Bereich der Einzelbegnadigung dem Träger des Gnadenrechts eine Gestaltungsmacht eigener Art verliehen».

²³²² SALAS CARCELLER, «El derecho de gracia», en *El Mundo*, 9 de enero de 2014.

Sin embargo, LINDE PANIAGUA, «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995», p. 1424, defiende, a favor de la institución del indulto, que el art. 117 CE «no puede entenderse en el sentido de que los jueces monopolicen la administración de la Justicia». En un sentido similar, NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1317-1319; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 604, desde la perspectiva del ordenamiento francés, sostiene que el indulto no interfiere en el principio de separación o división de poderes porque solo afecta a la ejecución de la pena y dicha materia estaría atribuida, allí, al ejecutivo. En el mismo sentido que RENAUT, TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 522-530 (especialmente, pp. 526-528).

²³²³ Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 25 de febrero de 2014 (causa especial 20.716/2009): «Hemos señalado en anteriores ocasiones que la facultad de indultar, cuyo ejercicio compete al Gobierno, «supone una excepción del principio de exclusividad de la jurisdicción que el artículo 117. 3º de la Constitución atribuye al Poder Judicial» y que «... el indulto como manifestación de un poder residenciado en el Poder Ejecutivo, y que de alguna forma desactiva la eficacia de lo decidido por el Poder Judicial en la medida que acuerda la no ejecución o cumplimiento, debe ser una decisión que tiene que estar extramuros de toda arbitrariedad».

SÁINZ DE ROBLES, «El indulto como atentado a la independencia del juez», pp. 97-98, defiende, sobre el particular, que el indulto supone una desautorización a los jueces y un ataque a la independencia judicial.

A este respecto, tanto URKOLA IRIARTE como CUERDA RIEZU (para quien el indulto supone una muestra del modelo de cooperación entre poderes²³²⁴) efectúan una consideración muy oportuna, señalando que resultaría más dificultoso configurar una intrusión del poder ejecutivo cuando la propuesta de concesión de indulto parta del propio poder judicial (a través de la vía prevista en el art. 4. 3 CP o cuando se trate de un indulto como beneficio penitenciario)²³²⁵.

Aunque el precedente resultado es el más obvio y directo, adicionalmente, en la medida en que el indulto puede implicar mutación puntual de la redacción de una Ley, alterar la intencionalidad del legislador al redactar la norma, también se produciría una potencial intromisión en las labores del poder legislativo²³²⁶. El legislador decidió que una conducta delictiva llevara aparejada una pena, una determinada pena, con una duración concreta; y la acción indulgente del poder ejecutivo implica que o la consecuencia anudada no despliega sus efectos, o que se imponga otra más liviana, o que se acorte su duración²³²⁷ –influyendo también potencialmente en los plazos de prescripción de la pena²³²⁸–.

La figura del indulto supone una excepción al principio de separación o división de poderes al provocar una intromisión en las labores asignadas monopolísticamente al poder judicial y las funciones propias del poder legislativo, originada por un acto emanado del poder ejecutivo.

Dicha brecha o excepción en el principio de separación o división de poderes²³²⁹ ha sido advertida por los titulares de los poderes afectados en supuestos en que se han concedido indultos calificables, cuando menos, como controvertidos²³³⁰.

²³²⁴ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 183-186.

²³²⁵ BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 23; mismo autor, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», p. 316, amplía la reflexión sobre inexistencia de conflicto cuando el Tribunal informe favorablemente al otorgamiento; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 183; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2937-2938.

²³²⁶ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 54-59; BUENDÍA CÁNOVAS, «La necesaria derogación de la institución del indulto», p. 1; CAMPAGNA, «Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung», p. 172; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», p. 23; JORGE BARREIRO, Alberto, en ponencia celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro»; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, p. 796. Discrepante, PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», pp. 123-126.

²³²⁷ DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 513, subraya la asintonía producida con las previsiones del art. 88 CP, actualmente derogado; DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 42, inciden en el adicional cuestionamiento desde el punto de vista de la prevención especial.

²³²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 826; mismo autor, «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», pp. 8-9.

²³²⁹ BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», pp. 853, 862; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy», pp. 81, 99; JIMÉNEZ VILLAREJO, reportaje «Sed de justicia», Salvados, LaSexta, emitido el 12 de mayo de 2013 (http://www.lasexta.com/programas/salvados/noticias/puede-ser-qu-e-gobierno-tenga-facultades-anular-sentencias_20130512572786ad6584a81fd884e5c1.html, última consulta el 28 de marzo de 2017), califica el indulto como ruptura de la división de poderes y usurpación que, en último término, supone la negación de la legitimidad democrática (4:40-4:59); LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», p. 510; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», pp. 1028, 1042; MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 310: «pone en cuestión el papel adjudicado por la Constitución a cada uno de los poderes del Estado»; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 55-62; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», p. 378.

En las manifestaciones emanadas por aquéllos se subraya la imposibilidad de que el poder ejecutivo revoque un pronunciamiento judicial sobre la base de una discrepancia en la determinación de los hechos o en la interpretación o aplicación del derecho vigente²³³¹. Ello por cuanto, como dejó apuntado ZAGREBELSKY, el indulto carece de naturaleza jurisdiccional²³³².

Nótese que el presente análisis se circunscribe a la decisión de conceder un indulto que modifica una resolución judicial firme y no trata de examinar la relación entre poderes tras la efectiva concesión de indulto; la que ha llegado a ser denominada, con desatino –ya que la decisión de su otorgamiento corresponde en exclusiva al poder ejecutivo²³³³–, «*competencia compartida*» entre el poder ejecutivo y el tribunal sentenciador, aplicador de la gracia ex art. 31 LI²³³⁴ (sin perjuicio de su potestad para decidir inaplicar algún extremo del Real Decreto de indulto cuando se oponga a la ley)²³³⁵. El ánimo con el que el legislador de 1870 asignó la competencia en la aplicación del indulto al tribunal sentenciador fue expresado en la propia Exposición de Motivos de la LI y su objetivo

En contra, PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», pp. 121-123; RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy», p. 52, empleando la jurisprudencia estadounidense que vendría a advertir que el ejercicio de indulto no supone problema para el principio de separación o división de poderes porque nunca se pretendió que las tres ramas estuviesen completamente separadas y fueran independientes; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 120-122, quien defiende que la figura del indulto no afecta al principio de separación de poderes, dado que el Estado mismo no es ninguno de sus órganos y la decisión de indulto no discute ni la legislación ni la decisión judicial, dado que supone un «*Gewalt sui generis*» asignado al poder neutro: «*In der Macht zu begnadigen steckt ein Stück Allzuständigkeit der Staatsspitze, ein Stück pouvoir neutre*» (p. 122); mismo autor, «Gnade vor Recht», pp. 1252-1253; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 69, defiende que no existe problema respecto del principio de separación de poderes puesto que el indulto presupone una correcta actuación de la justicia (y no debe corregir en Derecho) y tampoco corrige las leyes (papel asignado al TC y a las Cortes Generales).

²³³⁰ Cfr. Voto particular formulado por SIEIRA MÍGUEZ/LECUMBERRI MARTÍ/ROBLES FERNÁNDEZ, al que se adhieren PECES MORATE/FRÍAS PONCE y voto particular de BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT a la STS de 2 de diciembre de 2005; voto particular concurrente formulado por BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT a la STS de 20 de noviembre de 2013: «*En aras de delimitar los contornos constitucionales del derecho de gracia, cabe poner de relieve que constituye una función constitucional atribuida al Rey de carácter excepcional, en cuanto pone en tensión el principio de separación de poderes, en la medida en que el ejercicio por el Gobierno de la facultad de indultar supone una especie de revisión de pronunciamientos judiciales, que interfiere en el principio de reserva de jurisdicción enunciado en el artículo 117 de la Constitución, ya que, materialmente, constituye una intromisión del poder ejecutivo en la potestad que corresponde en exclusiva a los tribunales de justicia de hacer ejecutar lo juzgado, y, en consecuencia, garantizar la ejecución de las penas*». Vid. manifiesto intitulado «Contra el indulto como fraude en defensa de la independencia judicial y de la dignidad», suscrito el 29 de noviembre de 2012: «*Al instrumentalizar el indulto para la consecución de fines ajenos a los que lo justifican, el Gobierno dinamita la división de Poderes y usurpa el papel del Poder Judicial, trasladando a la Judicatura un mensaje inequívoco de desprecio al situarla en una posición subordinada en el orden constitucional*».

Justamente por esta razón, SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 82-83, deriva del empleo del indulto un efecto desmotivador de los operadores jurídicos.

²³³¹ CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 57; LÓPEZ AGUILAR en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 45.

Así, el informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 25 de febrero de 2014 (causa especial 20.716/2009).

²³³² ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 177-178.

²³³³ En el mismo sentido, AGUADO RENEDO, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo», pp. 303-304; ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», pp. 503-504.

²³³⁴ Cfr. ATS de 18 de enero de 2001.

GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 197-202, 247-248, 253; misma autora, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», p. 617; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1481-1486.

²³³⁵ Cfr. ATS de 18 de enero de 2001.

AGUADO RENEDO, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo», pp. 299-303; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 175-180.

tendía a no quebrar el prestigio del que deben gozar en todo caso los Tribunales; autoridad sin la cual se haría imposible su misión social. Por esta razón, es el Tribunal sentenciador el que había de encargarse de su aplicación: «a fin de que el delincuente reciba, de la misma mano que le impuso la pena, el beneficio del perdón que se le otorgue».

6.1.2. El indulto como excepción al principio de cosa juzgada

Toda vez que la decisión de indulto se otorga respecto de un sujeto que ha sido efectivamente condenado y se modifica el sentido de una resolución judicial firme –puesto que su concesión solo se permite cuando la sentencia condenatoria ha alcanzado firmeza (art. 2. 1º LI)²³³⁶–, su concesión supone igualmente una excepción del principio general de cosa juzgada²³³⁷.

Aunque se alegue que la concesión del indulto no supondría una afrenta a tal principio de asumirse que no se provoca una violación de éste cuando de lo que se trata es de rectificar una resolución judicial errada: ni (i) puede negarse que mayoritariamente el otorgamiento de un indulto no obedece (ni debe responder) a una corrección de un error judicial²³³⁸; ni (ii) puede rebatirse que, aceptando a meros efectos dialécticos su utilización en esos escenarios, el efecto provocado sea la mutación de una decisión judicial que había alcanzado firmeza²³³⁹: una excepción al principio de cosa juzgada.

La concesión de un indulto supone una excepción al principio de separación o división de poderes y al principio general de cosa juzgada.

6.2. El indulto como excepción al principio de seguridad jurídica y al principio de legalidad de los delitos y de las penas

6.2.1. El indulto como excepción al principio de seguridad jurídica

En atención a los efectos que produce la concesión de un indulto, dicha figura supone la aplicación de un régimen excepcional en atención al principio de seguridad jurídica²³⁴⁰, respecto del que pueden distinguirse dos vertientes temporales de análisis.

²³³⁶ Vid. apartado 2.1.2. Propuesta de definición.

²³³⁷ Curiosamente, el Decreto de 12 de enero de 1874 (Gaceta de Madrid núm. 13, de 13 de enero de 1874), restableciendo en toda su fuerza y vigor la ley de 24 de mayo de 1870 para el ejercicio de la gracia de indulto, derogando, en consecuencia, la de 9 de agosto de 1873, afirmaba: «De este modo, por lo menos, se evitan los inconvenientes y el absurdo lamentable de dictar leyes que no tienen ni pueden tener realidad ni cumplirse, como ha acontecido con la ley de 9 de agosto de 1873, en lo que atañe a la pena de muerte [para la que se mantenía la posibilidad de indultar], dándose con ello el tristísimo espectáculo de una suspensión arbitraria e indefinida de sentencias ejecutorias, cuyo resultado inmediato no es otro que el desprestigio de la cosa juzgada, el menoscabo de la independencia de los Tribunales y el grave y seguro riesgo de producir el desaliento en los encargados de la administración de justicia».

ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 42-44, 199; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 17; QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, p. 500.

²³³⁸ Vid. epígrafe 4.3.5. Reparación de errores judiciales.

²³³⁹ NIETO MARTÍN, «Cuestionario sobre el derecho de gracia», p. 189: «El Real Decreto por el que se concede el indulto se considera una modificación de la sentencia condenatoria en su parte dispositiva o fallo, razón por la cual el cumplimiento de lo allí acordado se encomienda al órgano judicial que dictó la sentencia condenatoria rectificadora por el Decreto».

²³⁴⁰ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 53 advierte lo deletéreo de las contradicciones entre lo normativamente dispuesto y lo que finalmente acaece; BECA FREI,

Como reconoce la STS de 6 de junio de 2014: «*En nuestro Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1. CE) una vez que se ha impuesto una pena en un procedimiento penal perseguible de oficio, y firme que sea la sentencia, el indulto constituye la única vía posible para alterarla (artículo 130.3 del Código penal). El indulto es una auténtica excepción a la conclusión de un proceso penal seguido con todas las garantías del Estado de Derecho, por lo que es evidente que afecta al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en cuanto altera situaciones que han sido consagradas por una sentencia firme, irrevocable y provista del valor de la cosa juzgada (artículo 118 de la CE). En cuanto tal el indulto puede afectar a la confianza que los ciudadanos deben tener en los Tribunales y en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de las sentencias penales. Frente a esta consideración esencial se opone, sin embargo, la existencia de la institución del derecho de gracia*».

El primer escenario de examen asume una posición *ex ante*: en el momento de comisión del hecho delictivo. Sin perjuicio del análisis necesario sobre la repercusión que la ausencia de ejecución de la pena pueda conllevar para los fines asignados a ésta²³⁴¹, su potencial otorgamiento impacta en el principio general de seguridad jurídica en la medida en que, una vez cometido un hecho delictivo que sería susceptible de ser sometido a un proceso penal, se conoce la posibilidad de que, debido a una potencial utilización del indulto futura, aquél no alcance a ver ejecutada la consecuencia jurídica prevista y anudada a la norma penal de que se trate.

La segunda vertiente se relaciona con el factor de incertidumbre que introduce la figura del indulto ya en el seno de un procedimiento penal seguido por la comisión de un hecho delictivo y que implica el conocimiento de que, debido al posible empleo de dicha institución, no todo ilícito penal perseguido judicialmente y respecto del que recaiga prueba plena, implica el dictado de una sentencia condenatoria que sea efectiva e íntegramente ejecutada. Con ello, y a diferencia de las instituciones perfectamente regladas respecto de las que se conoce los requisitos que han de concurrir para su aplicación, se produce un efecto que excepciona la necesidad de que una sentencia firme sea cumplidamente ejecutada, como desenlace necesario a la tutela judicial efectiva en un Estado de Derecho²³⁴².

No se sostiene, ni comparte, que la concesión de indulto suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva²³⁴³, que se mantiene indemne, dado que para concederlo se requiere como condición previa que dicha tutela se haya otorgado efectivamente y se haya producido el dictado de una sentencia firme (agotándose, en su caso, los recursos

«Indulto particular», p. 495; FRAILE ORTIZ, «Reseña», p. 508, se cuestiona a este respecto si el indulto no se podría representar como *burla a la justicia*.

²³⁴¹ Vid. capítulo 5. *Indulto y teorías de la pena*.

²³⁴² Cfr. ATS de 22 de septiembre de 1998.

MURILLO DE LA CUEVA en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 46: «*incide no sólo en la ejecución de una sentencia firme sino también en el derecho a la tutela judicial de las víctimas del delito y en el más amplio interés de la sociedad en el cumplimiento de las penas*».

²³⁴³ STS de 30 de enero de 2014, sobre protección de la tutela judicial efectiva mediante la posibilidad de presentar recurso contra la decisión de indulto de que se trate: «*En cuanto a la posible vulneración de la tutela judicial efectiva que prevé el artículo 24.1 de la Constitución no se dá, pues es evidente que dicha tutela se le otorga precisamente con este proceso y con esta sentencia*».

Cfr. AGUADO RENEDO, «Espagne», p. 399, sostiene que la concesión de indulto sí podría configurarse como una erosión al derecho a una tutela judicial efectiva.

disponibles) dispuesta para ser ejecutada o cuya ejecución ya haya comenzado. Lo que se origina con la concesión de indulto es la neutralización del resultado de esa tutela judicial efectiva en sede de ejecución²³⁴⁴.

6.2.2. El indulto como excepción al principio de legalidad de los delitos y de las penas

La anterior reacción genera, simultáneamente y como advirtió con atino SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, una confrontación suplementaria con el principio de legalidad de los delitos y de las penas²³⁴⁵. Dado que el indulto alivia la carga punitiva fijada en la sentencia firme (excluyendo la ejecución efectiva pendiente de forma parcial o total), lo que la institución provoca es el atribuir o anudar una consecuencia jurídica distinta (más liviana o inexistente) que la que dispuso el legislador para el ilícito penal cometido. Sirva de ejemplo el primer indulto concedido en el ejercicio 2016 por el que se conmutó la pena privativa de libertad de seis meses de prisión –cuya ejecución no fue iniciada– por la de cuarenta días de trabajo en beneficio de la comunidad²³⁴⁶ o el RD 1668/2012, de 7 de diciembre, en virtud del cual se conmutaba la pena de prisión de trece años por la de dos años de multa (por la comisión de un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio, un delito de lesiones, una falta de lesiones y una falta de daños)²³⁴⁷. Por consiguiente, la utilización del indulto supone la alteración del principio de legalidad de los delitos y de las penas, al no respetarlo.

DEL TORO MARZAL proporcionó un ejemplo clarificador, en relación con los resultados distorsionantes producidos por el Decreto 2326/1971, de 23 de septiembre, por el que se concede indulto con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado, que benefició a los autores de algunos delitos dolosos frente a aquellos que cometieron las acciones a título de imprudencia, no abarcadas por el indulto.

Los perniciosos efectos de dicha perturbación se agudizan por el hecho de que esa separación del texto de la ley penal no se produce porque norma de igual rango así lo disponga, sino porque así es decidido en una resolución emanada del poder ejecutivo con rango de Real Decreto²³⁴⁸, que siquiera exterioriza los motivos por los cuales el principio de legalidad ha de ceder a favor de otros derechos o intereses.

La concesión de indulto supone una excepción al principio de seguridad jurídica y al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

²³⁴⁴ ATC de 15 de octubre de 2001: «en un Estado de Derecho las Sentencias claman por ser cumplidas, como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial –arts. 24.1 y 118 CE– (ATC 120/1993)».

²³⁴⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 8. En el mismo sentido, ABEL SOUTO, «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal», pp. 2, 5; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», p. 23; MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 293.

²³⁴⁶ RD 48/2016, de 5 de febrero, por el que se indulta a MSP (BOE núm. 33, de 8 de febrero de 2016).

DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», pp. 633-634, señala: «las valoraciones que contiene el Derecho de gracia son independientes, cuando no contrarias, a las que inspiran la ley penal».

²³⁴⁷ Ejemplo utilizado expresamente por JORGE BARREIRO, Alberto, en ponencia celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro».

²³⁴⁸ Así, SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 62-63: «Así pues, la LI no solo no satisface las exigencias de rango de la legalidad formal en la concesión de indultos, sino que tampoco satisface las exigencias de la legalidad material, al incumplir los requisitos de taxatividad y certeza de la ley penal».

6.3. El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

Al sumergirnos en el estudio histórico de la institución, se pudo percibir que el reproche de arbitrariedad que ha perseguido a la figura del indulto no data de fechas recientes, sino que representa una de las tachas más frecuentes que se han enarbolado contra la institución²³⁴⁹.

6.3.1. Indulto y arbitrariedad

Por un lado, sus detractores arguyen que o bien el indulto «no es más que una forma de arbitrariedad»²³⁵⁰ o trae consigo esencialmente dicha característica²³⁵¹, dado que el único límite vendría a poder establecerse, según ellos, en la propia conciencia e imaginación del otorgante²³⁵². Otros, adalides enérgicos de la figura como GUIZOT²³⁵³, PACHECO²³⁵⁴, OCHOA²³⁵⁵ o SCHÄTZLER²³⁵⁶, por el contrario, han llegado incluso a defender que la arbitrariedad debía ser considerada como un rasgo definitorio del perdón que justificaba la imposibilidad para someterlo a control. Un tercer grupo, aun defensor de la institución, desterraba, sin embargo, que en su justificación pudiera hallarse cualquier rastro de arbitrariedad o incorporarse elementos de irracionalidad en la adopción del indulto²³⁵⁷.

Por tanto, ya desde histórico se ha reflexionado sobre la eventual justificación de la arbitrariedad en la concesión del perdón o la clemencia²³⁵⁸, en tanto que embrionariamente la decisión favorable a otorgar el «derecho de gracia» respondía precisamente a la *gracia* del otorgante y a la toma en consideración de valores extrajurídicos tales como la humanidad, la clemencia, la misericordia o la magnanimidad que, en definitiva, impedían conceptualmente someter a un control jurídico, por falta de parámetros de verificación, su adopción²³⁵⁹. Ésta fue

²³⁴⁹ Por todos, DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, pp. 401-402.

²³⁵⁰ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 5, 19; HARRISON, «The equality of mercy», pp. 117-120.

²³⁵¹ KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, p. 566; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 15-16, 46, 52-53; MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 293; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 63-70; WALDHOFF, «Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?», p. 132.

²³⁵² BROWN, «The quality of mercy», p. 328; BARNETT, «The grounds of pardon», p. 491, reproduce la postura de un Tribunal de Nueva York; KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 578.

²³⁵³ GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, pp. 167-170.

²³⁵⁴ PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», pp. 234, 267.

²³⁵⁵ OCHOA, Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 284, sesión de 18 de mayo de 1870, p. 8089.

²³⁵⁶ SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, p. 86: «Es gibt sehr wohl irrationale Gnadenmotive, die deshalb aber nicht per se illegitim sein müssen. In der Milde, die ein zentrales Gnadenmotiv ist, steckt immer ein Stück Irrationalität, ohne daß man sich darüber voll Rechenschaft gibt».

²³⁵⁷ BRAVO, *La gracia de indulto*, p. 20; IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, p. 471; ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, pp. 113, 115, §§ 1146, 1153.

En este sentido, expresamente se pronuncia la STC alemán de 23 de abril de 1969.

²³⁵⁸ SÉNECA, *Los dos libros de clemencia, Libro Segundo*, p. 72: «La clemencia tiene libre alvedrio, no juzga por ordenanças, sino conforme a la equidad, i bondad. Tiene licencia de absolver al redo, i de tassar como quiere el precio, i la estimación del pleito. Ninguna cosa destas haze, como quien hace menos de lo justo, sino como quien ordena lo justísimo».

²³⁵⁹ HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», p. 122; RADBRUCH, «§ 24 Die Gnade», pp. 164-165.

Ilustrativa en este punto la STS de 2 de febrero de 1961: «la aplicación del Decreto de indulto de 31 de octubre de 1958, manifestación de la clemencia soberana, queda excluido, según doctrina general establecida por esta

justamente la razón por la que ORLANDO excluyó específicamente la «clemencia» como fundamento del indulto, al no constituir una noción jurídica²³⁶⁰.

La decisión de indultar estaba esencialmente caracterizada por esa nota de arbitrariedad que, *per se*, imposibilitaba que se ejerciera un control sobre la resolución de otorgar o no el perdón²³⁶¹ que, de ser fiscalizada, erosionaría su propia esencia²³⁶², su condición inaprehensible²³⁶³.

Si las anteriores razones pretendieron justificar el rasgo arbitrario configurador del indulto, a ellas se adicionaría un último argumento que, si bien parte de la proscripción de la arbitrariedad, lo que defiende es el hermetismo sobre la justificación de los motivos en los que se basa la obtención del beneficio. Como razonamiento en contra de expresar las concretas razones motivadoras de la concesión, aparecería o bien la imposibilidad de desvelar los motivos enraizados en una razón de Estado que debe mantenerse secreta; o bien la prioridad que, respecto del beneficiado, el valor resocializador ostenta. Se aduce que, de exteriorizarse los motivos determinantes que conducen a su otorgamiento, se estaría dañando irreversiblemente el fin resocializador de la concesión —ya sea el indulto otorgado para cubrir dicha finalidad, bien por otra razón que no debe descuidar aquel proceso—²³⁶⁴.

Al margen de esta última consideración sobre la que se reflexionará al final del presente epígrafe, ha de señalarse que aquella postura decimonónica que justificaba la decisión graciosa de conceder (o no) el indulto no puede ser actualmente mantenida²³⁶⁵.

6.3.2. Decisiones arbitrarias y Estado de Derecho. Dificultades de constatación práctica y ejes de discusión

Las decisiones que respondan al mero capricho, a la libre voluntad, al arbitrio del concedente, son inadmisibles en un Estado de Derecho en que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos se configura como pilar fundamental²³⁶⁶. Aun cuando se insista en mantener la definición de indulto como un «*acto graciable*» cuya «*concesión o denegación es libérrima*

Sala, del ámbito de la casación, tanto porque representa gracia y no derecho cuanto porque no se concede casación contra su aplicación o inaplicación».

²³⁶⁰ ORLANDO, *Principii di Diritto Costituzionale*, p. 220, § 287. En el mismo sentido, TOMÁS Y VALIENTE, «La gracia y la justicia»; y HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en la reunión del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, celebrada el 16 de noviembre de 2016.

²³⁶¹ LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1049, apunta a la incompatibilidad de dicha concepción con los postulados constitucionales.

²³⁶² MAURITZ, «Zur gerichtlichen Nachprüfung von Gnadenakten», en *Deutsche Richterzeitung* 1974, p. 161.

²³⁶³ JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 92-93, 99, 129, 146, 160-164, 212-213, configura el perdón como algo azaroso, acontecimiento aleatorio, irracional («*perdón hiperbólico que perdona sin razones*») y necesariamente inmotivado: «*El perdón no perdona porque; el perdón desdeña justificarse a sí mismo y dar sus razones: pues razones no tiene*». El concepto de perdón de JANKÉLÉVITCH valdría para las relaciones personales, pero, en nuestra opinión, no encaja como pauta de actuación de los poderes públicos en un Estado de Derecho.

²³⁶⁴ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 158, 165; BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, pp. 88-93; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 130-131. Vid. nota al pie 1314.

²³⁶⁵ Vid. epígrafe 4.1. *La finalidad racional en el empleo del indulto en un Estado de Derecho*.

²³⁶⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», en *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto de 2014, pp. 220-221.

para el poder público titular de la misma»²³⁶⁷, «graciabilidad» y «libertad» no pueden significar «arbitrariedad»; lo que, ya se habrá avistado, resulta difícil de compatibilizar en un Estado de Derecho²³⁶⁸.

Ya no puede seguir sosteniéndose que la decisión de indultar sea arbitraria²³⁶⁹; sino que, de mantenerse la utilización de la figura, habrá de adoptarse dentro de los límites marcados por el cuadrilátero de la aceptada discrecionalidad y de la necesaria motivación de la decisión para, en este punto, encontrar encaje en el Estado de Derecho²³⁷⁰.

No obstante la relevancia del anterior fundamento, la aproximación a esta parcela de análisis no carece de dificultades²³⁷¹. La figura del indulto ha estado rodeada de forma permanente de un aura de oscurantismo y de opacidad, compartida en otros países²³⁷², que provoca no solo que su examen empírico sea escaso²³⁷³ y no carente de obstáculos²³⁷⁴, sino que el control social que pueda desplegarse se vea menoscabado²³⁷⁵.

²³⁶⁷ STS de 20 de febrero de 2013.

²³⁶⁸ En este mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», pp. 219-220, 224: «*Quienes son contrarios al control jurisdiccional de los indultos comienzan afirmando que otorgarlos o no es una facultad “libérrima” del Gobierno. ¿Puede sostenerse tal cosa en pleno siglo XXI? A mi juicio, no, al menos en los términos en que esta afirmación se ha venido haciendo por la jurisprudencia tradicional*» (pp. 219-220); SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 63-64.

²³⁶⁹ CHAVES GARCÍA, «La ocasión perdida para controlar los indultos», en *Legal Today*, 9 de septiembre de 2014, p. 2, se muestra enérgico al criticar cómo, desde el punto de vista del art. 9. 3 CE, el indulto se representa como un cheque en blanco que puede rellenar el Gobierno con lo que le plazca, siempre que guarde las formas.

²³⁷⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», p. 2, sobre el difícil maridaje entre un derecho de gracia concebido como acto graciable, dispensado de toda regla, y los postulados reconocidos en nuestra Constitución (particularmente, su art. 1 CE).

DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 358-370: «*Eine Entscheidung, die sich auf das Leben des Bürgers auswirkt, bedarf in einem demokratischen Rechtsstaat der Begründung*» (p. 358); «*Die Begründung ist das einzige Mittel, um die Gnadengründe “transparent” zu machen, damit ihre Vereinbarkeit mit der verfassungsrechtlichen Gestaltung des Gnadeninstituts ggf. überprüft werden kann*» (p. 368).

²³⁷¹ Vid. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 3-11, 18, 23, 44, quien apunta a la dificultad de distinguir la discrecionalidad en el sentido muy fuerte que caracteriza al indulto de la arbitrariedad, incidiendo en que el indulto se mantiene entre el limbo de la discreción y el infierno de la arbitrariedad, lo que genera problemas respecto del art. 9. 3 CE: «*Las conclusiones, sin embargo, muestran claramente que la prerrogativa se encuentra tan incómoda en el orden constitucional como el orden constitucional con ella: no exige motivación pero tienen que ser visibles sus motivos; es discrecional en grado máximo pero no puede ser irracional; no es controlable sustantivamente por los tribunales pero los tribunales pueden controlar si es o no es irracional. Y su denegación no exige nunca motivación a pesar de que, conforme al principio de no contradicción, si la concesión de un indulto fuese irracional entonces su denegación sería racional, pero también si la denegación resultase irracional entonces sería necesariamente racional la concesión. Y, en tal caso, la interdicción de la arbitrariedad exigiría la concesión*» (pp. 10-11).

²³⁷² BARNETT, «The grounds of pardon», p. 530; BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, p. 126; BRAVO, *La gracia de indulto*, p. 96, apunta al comienzo del tratamiento estadístico oficial de los datos en 1883, que no ha tenido continuidad; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 483; DORNE/GEWERTH, «Mercy in a climate of retributive justice», p. 415; DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 40: «*estamos hablando de un instituto silencioso, más bien ignoto y opaco, al menos en cuanto a su aplicación*»; LARDNER, «The role of the press in the clemency process», pp. 181-182.

²³⁷³ Los únicos estudios que han profundizado en el análisis estadístico y empírico: ABREU J./JIMÉNEZ, J.L., «¿Son progresivos los indultos en España?», pp. 5-19; BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono, passim* (especialmente, pp. 132-153, sobre su propuesta de modelo explicativo de la concesión de indultos); mismo autor, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», pp. 321-334; DE CÓZAR PALMA/CEBERIO BELAZA, «468 indultos en 11 meses de Rajoy»; DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», pp. 1-27; mismos autores, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de

La ausencia de un tratamiento público y transparente de los datos relativos a su empleo dificulta, por ejemplo, valorar las fuertes oscilaciones sufridas por el número de indultos concedidos en los distintos años²³⁷⁶ o la enérgica disminución de los otorgados en los dos últimos ejercicios; y, en su caso, determinar si dicha variación pudiera responder a un ejercicio arbitrario o desviado de la institución²³⁷⁷.

En el año 2015 fueron otorgados un total de setenta y cinco indultos, en 2016 se concedieron un total de veintisiete²³⁷⁸ (trece de los cuales correspondían a aquellos otorgados tradicionalmente con motivo de la Semana Santa y dos respecto de una misma condenada) y hasta el 15 de mayo de 2017 la cifra asciende a dieciocho. Dichas cifras contrastan con los 376,4 indultos que, de media, fueron otorgados durante los siete años precedentes (2007-2014)²³⁷⁹. Si las razones motivadoras de la concesión de indultos fueran tan ineludibles como aducen quienes abogan por su empleo, ¿no se debería constatar una homogeneidad en las cifras anuales de otorgamiento, muestra de su corrección constante del sistema? A la vista del decremento sufrido desde 2015, ¿significa que en años anteriores los indultos se otorgaron arbitrariamente, sin que concurriera auténtica necesidad para su concesión?

Si la carencia de datos oficiales agregados caracteriza la perspectiva a nivel macro, la situación no es distinta cuando la pretensión consiste en efectuar un acercamiento a la cuestión de carácter micro, de las concretas resoluciones de adopción acordadas. No es preciso efectuar una lectura sosegada de las resoluciones de otorgamiento, de los Reales Decretos, para percatarse de que, con la salvedad apuntada respecto de los concedidos en la Semana Santa de 2016, obedecen a un modelo estereotipado en el que tradicionalmente se repite insistentemente, sin vinculación al caso concreto, que se otorga el indulto «*estimando que,*

petición», pp. 44-51; JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy», pp. 82, 86-96, 99-102; mismos autores, «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», pp. 4-5; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 443-514; MADRID PÉREZ, «El indulto como excepción», pp. 116-130; RUCKMAN, Jr., «Seasonal Clemency Revisited: An Empirical Analysis», p. 1; mismo autor, «The Study of Mercy», pp. 803-830, aportando un análisis empírico de su empleo en los Estados Unidos de América; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 185-188; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, p. 2.

²³⁷⁴ Muestra de ello es la aparición del proyecto El Indultómetro, Fundación CIVIO, gestionado por BELMONTE BELDA.

MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 300.

²³⁷⁵ QUERALT JIMÉNEZ, «El indulto es un premio»; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», p. 249.

²³⁷⁶ DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», p. 46; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 20.

Por ello, MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 37-38, 43, propuso limitar los excesos en su empleo a través de la constitución de límites numéricos de concesión, lo que reduciría la fluctuación. El sentido de esta propuesta ha sido muy criticado por MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 36-37; o por RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 340-343, apuntando a que dicha medida sería una decisión prevaricadora.

²³⁷⁷ KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 116: «*Irrational ist die Gnade, wenn sie grundlos gewährt wird oder nur vom Zufall, der Gunst der Stunde oder der Kunst des rechten Fürsprechers abhängt.*».

²³⁷⁸ Cifras propias, obtenidas a través del buscador del BOE.

²³⁷⁹ Cifra calculada a partir de los datos agregados del proyecto El Indultómetro, Fundación Civio (<http://www.elindultometro.es/indultos.html>).

atendiendo a las circunstancias del condenado y de acuerdo a la información que obra en el citado expediente [de indulto], concurren razones de justicia y equidad»²³⁸⁰.

Asumiendo dicho enfoque micro y ante la literalidad de la LI —a la que debe someterse la concesión de indultos, ex art. 62. i. CE—, los puntos fundamentales sobre los que en la práctica se ha centrado el debate al analizar dicha figura en relación a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos²³⁸¹ han sido:

(i) La naturaleza del tipo de acto que supone la concesión de un indulto —para determinar los cánones de motivación y de control que respecto de ella deben establecerse—²³⁸²;

²³⁸⁰ LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1049, al defender la necesidad de motivar el otorgamiento de indulto como premisa para poder ejercer un control judicial sobre la corrección de su ejercicio, refiere que dicho razonamiento «*que no puede salvarse, como se hace en la actualidad, con fórmulas passe partout o comodines*»; MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 294; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», p. 3; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2922, 2930-2931, nota 132.

²³⁸¹ VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias*, p. 10 destaca cómo el régimen actual de la figura del indulto «*tropieza abiertamente con derechos constitucionales y principios fundamentales, entre los que se puede destacar el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*».

²³⁸² BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 42-45; BUCHANAN, «The Nature of a Pardon under the United States Constitution», pp. 57-58, asume que es una decisión política no sujeta a control judicial ni parlamentario; CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 57-58; DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», 1185-1188; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», pp. 215-216, en contra de considerarlo como acto político: «*el concepto de acto político es una antigualla que se remonta a la época en que el Conseil d'État ejercía una jurisdicción retenida (...). [Los actos de gobierno se convirtieron] en simples integrantes de una lista heterogénea elaborada por la jurisprudencia, que ésta ha ido progresivamente depurando (...). En esta lista estuvieron incluidos un día, ciertamente, los actos dictados por el Jefe del Estado en ejercicio del derecho de gracia, de acuerdo con el arrêt Gugel, de 30 de junio de 1983, pero esta jurisprudencia fue abandonada por el arrêt Gombert, de 28 de marzo de 1947 (...). Suena a rancio, por lo tanto, calificar los indultos como actos políticos (...)* amén de que tal calificación es perfectamente inútil, (...), que de ella no resulta la exclusión del control jurisdiccional, como ocurría bajo el imperio de la Ley jurisdiccional de 1956»; FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos graciabiles», pp. 185-205; GALÁN CÁCERES, «El indulto como acto discrecional del gobierno y su control jurisdiccional (Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2013)» en CEFLegal, núm. 157, febrero de 2014, p. 173, lo considera como acto político; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 194-197, lo considera un acto político; misma autora, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», p. 617, distingue en el acto una función de naturaleza administrativa y una función de discrecionalidad política; GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», pp. 54, 56-57, lo considera expresamente como acto administrativo; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 63-68; HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», pp. 738-739; PALACIOS LUQUE, «Sobre la amnistía y el indulto», p. 9, asume la amnistía y el indulto como actos políticos, al responder «*a una finalidad de política penal*»; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 77-80; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», p. 8; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2906-2907, apunta a que la postura del Tribunal Supremo asumiría que no es un acto político o, al menos, no se encuadra en dicha categoría conforme al concepto tradicional; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 68; ZAGREBELSKY, *Amnistía, indulto e grazia*, pp. 181-182, 217.

En los pronunciamientos judiciales nacionales se considera acto político en las STS de 20 de febrero de 2013 y de 9 de mayo de 2013; o como acto político no gubernamental, voto particular formulado por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ a la STS de 20 de noviembre de 2013. Aunque no exista posición unánime sobre la naturaleza del acto, la STS de 20 de noviembre de 2013 lo configura como un acto discrecional o derivado del derecho de gracia —como sinónimo de no obligación, como acto no debido—, sin que esencialmente exista una diferencia entre ambas categorías, no encuadrable ni como acto político (aspecto irrelevante) ni como acto administrativo: «(1) Constituye el ejercicio del derecho de gracia; (2) se trata de una actuación individual y

(ii) El potencial estándar de motivación que es exigible a las decisiones de indulto para distinguir una resolución discrecional de otra arbitraria²³⁸³; y

(iii) Los límites del control y el tipo de fiscalización que procede acometer sobre este tipo de decisiones²³⁸⁴.

6.3.2.1. Naturaleza de la decisión sobre el indulto

Localizados los tres focos de discusión dogmática ha de advertirse que, para el ámbito de estudio de la presente investigación, la primera cuestión –decidir si la decisión de indulto es un acto administrativo, si es político, si es discrecional o si se debe adscribir la línea doctrinal que lo considera como un tipo autónomo de acto, un acto graciable²³⁸⁵– carece de trascendencia²³⁸⁶.

El art 9. 3 CE se aplica generalmente con independencia del tipo concreto de acto emanado de los poderes públicos de que se trate²³⁸⁷ y, por tanto, aunque se es consciente de la fervorosa discusión relativa a la naturaleza específica del acto, a los efectos de este estudio es indiferente la categorización determinada que, desde el punto de vista de Derecho administrativo, pueda asignársele.

Adoptar distancia respecto del contenido del debate tiene su apoyo en que, siguiendo los postulados de MAURER²³⁸⁸ o HÖMIG²³⁸⁹, con independencia de la conclusión a la que pudiera finalmente arribarse, en ningún caso un acto emanado de un poder público, tampoco el indulto, puede ser arbitrario²³⁹⁰. Justamente ésta es la perspectiva, directa, desde la que se formula el presente examen y, por consiguiente y al margen del debate conceptual sobre su genealogía, nada impide considerarlo como un acto del Gobierno sujeto al control previsto en el art. 2. a) LJCA –aplicable con independencia de la «*naturaleza de dichos actos*»– y susceptible de ser revisado por vía de amparo, cuando los derechos y libertades recogidos en los artículos 14 a 29 CE queden comprometidos (ex art. 41 y concordantes LOTC) y quede justificada la especial trascendencia constitucional.

excepcional del Gobierno; (3) se trata de un acto discrecional del Gobierno; (4) es irrelevante su consideración como acto político del Gobierno; y (5) no tiene, ni cuenta, con la naturaleza de acto administrativo».

²³⁸³ KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, p. 39.

²³⁸⁴ BACHOF, «Über Fragwürdigkeiten der Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz», p. 472; DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», pp. 1189-1193; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», p. 219; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 69-78, 80-81, 97-101; MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 157-168; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», pp. 4-12.

²³⁸⁵ FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos graciables», pp. 191-196. En contra, URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2905-2906.

²³⁸⁶ Irrelevancia que comparte la STS de 20 de noviembre de 2013 (vid. nota al pie 2381).

²³⁸⁷ CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 78; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 361; FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos graciables», p. 196; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, pp. 1494, 1496; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», p. 218.

²³⁸⁸ MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, p. 94.

²³⁸⁹ HÖMIG, «Gnade und Verfassung», pp. 1329-1330.

²³⁹⁰ En el mismo sentido, BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», pp. 188-189; PICO LORENZO, ponencia celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», quien lo considera «*actividad emanada del Gobierno*»; SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», p. 103.

6.3.2.2. Motivación de la decisión de indulto

Aunque la frontera dogmática entre la segunda y tercera cuestión –motivación y control– es nítida, en la práctica las dos esferas de debate se han desdibujado. Ello no es de extrañar puesto que en función del tipo de fiscalización que se defienda operativa y el alcance que se le permita, la motivación del acto adquirirá mayor o menor relevancia²³⁹¹.

Centrándonos en la motivación del acto, cuestión con recorrido histórico²³⁹², ha de indicarse que dicha cuestión se ha planteado como una potencial fuente de tensiones respecto del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ex art. 9. 3 de la Constitución²³⁹³, excepción ilógica del necesario reverso del art. 120. 3 CE²³⁹⁴.

Si bien es cierto que la ausencia de motivación no implica automáticamente concluir que una conducta sea arbitraria²³⁹⁵ o, si se prefiere, el significado normativo de la prohibición constitucional de arbitrariedad no deduce mecánicamente un deber de motivación²³⁹⁶, se convendrá en que la ausencia de expresión sobre los motivos que dan lugar a la concesión o denegación de un indulto pueden suponer una sospecha potencial de que la decisión, carente de motivación, pueda haber sido arbitrariamente adoptada²³⁹⁷. Máxime cuando ocurra que la

²³⁹¹ GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», p. 64: «*La motivación de los actos administrativos es en esencia la privilegiada garantía de su licitud e idoneidad, así como el presupuesto que da oportunidad a la impugnación de los que vulneren derechos e intereses legítimos, de los que son producto de una parca y superada arbitrariedad y de aquellos que no reúnen los requisitos mínimos exigibles para producir los efectos que le han de ser propios*».

²³⁹² Las Leyes 12 o 30 del Título XVIII de la Tercera Partida de Alfonso X, requerían la exteriorización de los motivos que hubieran dirigido la voluntad del monarca.

²³⁹³ Como destaca DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, pp. 401-402.

URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2925, indica que los casos de indulto son los únicos en los que el art. 9. 3 CE respecto del art. 14 CE adquiere sustantividad propia.

²³⁹⁴ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 225-227, razona que si existe necesidad de motivar la sentencia, del mismo modo habrá de ser motivado el acto que deje sin efecto aquélla; mismo autor, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo», pp. 313-314; BARNETT, «The grounds of pardon», p. 529; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 64-65, incluye la confrontación con el art. 72 CP. Sin embargo, BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», p. 189, relaja los términos de dicha justificación, argumentando que de lo que se trata es de rebajar la carga punitiva al condenado.

²³⁹⁵ MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, p. 73.

En sentido contrario, FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos graciables», pp. 199-200: «*la motivación, exigencia que dimana del art. 9. 3 CE en tanto su ausencia conduce a la arbitrariedad*».

²³⁹⁶ VELASCO CABALLERO, «El control del indulto: entre gobierno y justicia», p. 7.

Defienden lo opuesto, PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 35, 40-41, 43, 45, 67, al sostener que la ausencia de motivación puede llegar a atentar contra el art. 9. 3 CE: «*La capacidad de motivar es lo que diferencia un acto arbitrario de uno discrecional y en consecuencia discrecionalidad no es sinónimo de no motivación, lo que nos lleva a afirmar que la no motivación de un indulto no supone el ejercicio de la facultad discrecional sino el enunciado de un acto arbitrario, constitucionalmente vedado*» (p. 35). Siguiendo a PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», pp. 294, 296-297, 304. CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 75, interpretan que ésta fue la postura sostenida por la STS de 20 de noviembre de 2013: «*de hecho se identifica arbitrariedad con falta de motivación, no con la existencia de una motivación irrazonable*».

²³⁹⁷ DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», p. 1181: «*En el subconsciente colectivo, toda decisión que no se halla motivada o cuya motivación es una pura fórmula de estilo —como las que se suelen emplear en las concesiones de indulto— es sinónimo de arbitrariedad (ya sea entendida en el sentido de decisión injustificada ya en el sentido de quebrantar el principio de igualdad) y debe ser reparada por los tribunales correspondientes como en cualquier otra decisión que proceda del poder público*»; BUENO OCHOA,

decisión de indulto se aparte de los informes emitidos en el seno del expediente en que es tramitado²³⁹⁸.

Aunque se asume como punto común de doctrina y jurisprudencia que la decisión final sobre la concesión o no de indulto es intangible²³⁹⁹, la ausencia de motivación, a la postre, impide distinguir entre lo discrecional y lo arbitrario²⁴⁰⁰.

La magra redacción del Real Decreto de otorgamiento de un indulto y su nula motivación –aun cuando aparentemente goza de respaldo legal²⁴⁰¹–, implican el desconocimiento de las razones

Elogio y refutación del indulto, pp. 88-93, si bien destaca, asumiendo las posiciones de AGUADO RENEDO, que la motivación es el elemento principal en una teoría de control que permita distinguir discrecionalidad y arbitrariedad, entiende que puedan existir razones (de orden público o concurrencia de situación desaconsejable) que justifiquen la no publicación de esa motivación.

El propio AGUADO RENEDO, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo», pp. 312-313 explica por qué para el indulto se invierte la presunción favorable a la corrección de la actuación de los poderes públicos: «*En principio (...) puede entenderse vigente una presunción favorable a la actuación correcta (id est, no arbitraria) de los poderes públicos... aun sin motivación. Ahora bien, aun admitiendo esta presunción, no puede haber duda de que la misma debe quedar absolutamente enervada cuando el acto de que se trata tiene el carácter que tiene la gracia, que, en lo que aquí interesa ahora, es el carácter de interferencia en la labor de juzgar y, sobre todo, más normalmente en nuestro sistema (...), de interferencia en la labor de ejecutar lo juzgado; esto es, expuesto de otro modo, cuando el acto de un órgano público contradice otro emanado por otro órgano distinto, y no un órgano cualquiera, sino un órgano jurisdiccional. En este caso (...) resulta más que necesaria, imprescindible la motivación de tal decisión. (...) El indulto demanda en todo caso una fundamentación que, en definitiva, impida considerarlo como un acto arbitrario y, por ende, prohibido por la CE, pues la diferencia entre la arbitrariedad y la discrecionalidad estriba en la justificación, y ésta se revela en la motivación*». AGUADO RENEDO continúa aludiendo, en apoyo de su postura, a la exigencia contenida en el art. 54. 1. f) LRJPAC [hoy sustituido por el art. 35. 1. i) LPACAP: «*Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa*»], si bien ha de advertirse que dicho requisito se predica respecto de los actos administrativos, con lo que se retomaría la discusión –irrelevante, insisto, a nuestros efectos– sobre la naturaleza del acto en Derecho administrativo.

En desacuerdo, HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 130-131, quien fundamenta la ausencia de motivación en: «*preservar, dentro de lo posible, el derecho a la intimidad y al "olvido", que poseerían los condenados que desearan rehabilitarse a partir de un lógico velo de discreción sobre sus antecedentes*».

²³⁹⁸ RUIZ ROBLEDO, «Indultos inconstitucionales», pp. 2-3, certeramente se pregunta: «*¿cómo puede el Gobierno apartarse de la opinión del tribunal sentenciador y otorgar el indulto sin argumentarlo? (...) Los indultos que sin explicación se apartan de la opinión del tribunal sentenciador tienen la apariencia de actos arbitrarios, prohibidos por la Constitución*».

²³⁹⁹ URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2913.

²⁴⁰⁰ Ilustrativa, STS de 18 de octubre de 2000, referida a un acto administrativo – no renovación de cesiones de terreno de dominio público–, basada en doctrina jurisprudencial emanada en 1994: «*frente a esta ausencia de motivación, que origina la disconformidad a Derecho de las resoluciones impugnadas, no puede argumentarse (...) que, siendo puramente discrecional la facultad de la Administración de renovar o no renovar las cesiones, (...) la motivación resultaba innecesaria (porque lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales –artículo 103.1 de la Constitución Española– y, por tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita*».

El art. 103 CE, aducido expresamente por GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 239-240, para apoyar el control judicial de las decisiones de indulto.

que han dado lugar a su concesión, a pesar de la potencia de sus efectos; a pesar de que, con su dictado, se modifique una sentencia que ha alcanzado firmeza²⁴⁰².

Tras la entrada en vigor de la Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la LI, se suprimió la exigencia legal de motivar las concesiones de indulto contenida en dicho texto²⁴⁰³. Esa supresión se llevó a cabo desoyendo las advertencias que sobre este particular se exponían en el preámbulo de la norma modificada, en respuesta a los abusos que se estaban cometiendo a través de la figura²⁴⁰⁴. La premisa de partida era diáfana: la motivación de la decisión como antídoto contra los excesos hasta entonces perpetrados²⁴⁰⁵. Sin embargo, la Ley 1/1988, que carece de exposición de motivos y no permite aprehender las verdaderas razones que la engendraron²⁴⁰⁶, eliminó tal exigencia.

²⁴⁰¹ En el voto particular formulado por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ a la STS de 20 de noviembre de 2013, sin embargo, se deduce la obligación de motivar de una fuente legal: el art. 54. 1. c) LRJPAC [sustituido desde el 2 de octubre de 2016 por el art. 35. 1. c) LPACAP]. En este mismo sentido, PERANDONES, «El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», p. 6, basándose en el art. 54. 1. c) y f) LRJPAC [desde el 2 de octubre de 2016, art. 35. 1. c) e i) LPACAP].

²⁴⁰² DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 361, lo emplea como argumento para exigir la motivación de la decisión de indulto.

²⁴⁰³ AGUADO RENEDO, «Derecho de gracia», p. 61; CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 56, 68; SERRANO MAÍLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», pp. 611, 617-618, 623, si bien sostiene que la obligación de motivar habría quedado, tras la reforma, para los indultos totales; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 84.

²⁴⁰⁴ VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (3:10-3:15 y 1:34:41-1:34:55).

Una visión distinta, en el sentido de que dicha modificación legislativa no suprimió la exigencia de motivación, es mantenida por ESPIN TEMPLADO en el voto particular concurrente al que se adhiere PICO LORENZO, que formula a la STS de 20 de noviembre de 2013. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», pp. 216-219, acogiendo expresamente dicha postura: «*La obligación de motivar, esto es, de justificar la decisión de indultar, no necesita, por lo demás, del apoyo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para sostenerse, porque esa obligación resulta sin más de la propia Constitución y, en concreto, de la prohibición a todos los poderes públicos del comportamiento arbitrario que el artículo 9. 3, in fine, de la misma contiene*». También FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos graciables», p. 203-205; GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», pp. 55-59, sostiene que a pesar de la modificación operada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, la obligación legal de motivar se deriva de la LRJPAC (de aplicación supletoria) –también cuando la decisión se separe de los informes emitidos [ex art. 54. 1 LRJPAC, actual art. 35. 1 c) LPACAP]– o de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición (en atención a su Exposición de Motivos); PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 45, 66-67, 70-71; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», p. 8, según lo dispuesto en el art. 54.1 LRJPAC (sustituido desde el 2 de octubre de 2016 por el art. 35. 1 LPACAP); SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», pp. 397-398; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 150. El mismo autor, pp. 18-19, 45-46, señala la gradual desaparición de «*los controles a los que, sabiamente, aquel legislador quiso someter al Poder Ejecutivo*», incidiendo no solo en la motivación sino en la emisión del informe del Consejo de Estado.

²⁴⁰⁵ BRAVO, *La gracia de indulto*, pp. 15, 17, asume la motivación, exigida inicialmente por la LI, como remedio para evitar que su concesión obedezca al favoritismo (p. 17).

²⁴⁰⁶ Modificación que se produjo de una forma celer. La proposición de la Ley de reforma se presentó el 14 de enero de 1987 por CDS para dar un trato preferente a los expedientes iniciados por los tribunales sentenciadores al entender que la acción enjuiciada resultaba penada en exceso al aplicar la ley (BOCG serie B, núm. 44-01, de 14 de enero de 1987) –actual art. 28 LI–. En la sesión del Congreso de 25 de junio de 1987 (Diario de sesiones, núm. 56, sesión de 25 de junio de 1987, pp. 3303-3304, 3316-3321) fue aprobada su toma en consideración. El 24 de septiembre de 1987 se presentaron enmiendas por el grupo parlamentario socialista, entre las que destacó la referida a la modificación del art. 30 que se justificó por «adaptación terminológica» (BOCG serie B, núm. 44-3, de 24 de septiembre de 1987, pp. 5-7). Fue aprobada por Comisión de justicia e interior, con competencia legislativa plena ex art. 75. 2 CE, sin debate, en la sesión celebrada el 29 de octubre de 1987 de menos de una hora de duración (Diario de sesiones, núm. 188, sesión de 29 de octubre de 1987, pp. 6878, 6882-6883). El Congreso de los Diputados remitió su texto con las enmiendas

Su art. tercero. 3 modificó el art. 30 LI en lo que se anunciaba como un mero cambio terminológico²⁴⁰⁷. La palabra «Gaceta» quedó sustituida por «Boletín Oficial del Estado» y las palabras «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros» por un mero «Real Decreto». De esta forma, la Ley 1/1988, cuya constitucionalidad en este punto ha sido en ocasiones discutida²⁴⁰⁸, suprimió la obligación de motivar que hasta entonces imponía el art. 30 LI. Con ello, se desdijo el ánimo con el que se había redactado el texto original datado en 1870, cuya Exposición de Motivos expresamente recogía la necesidad de que la medida adoptase la forma de «*resolución en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional. Los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes no temen la publicidad y el juicio de la opinión*»²⁴⁰⁹. Ello incidió directa y fundamentalmente en la teoría del control jurisdiccional del acto, puesto que la exigencia de motivación suficiente se había establecido como el instrumento principal de diferenciación entre discrecionalidad y arbitrariedad²⁴¹⁰.

incorporada y el Senado no efectuó propuesta de modificación alguna [BOCG, Serie II, núm. 135 (b), de 7 de diciembre de 1987; BOCG, Serie II, núm. 135 (c), de 29 de diciembre de 1987]. Se aprobó el texto sin haberse generado un mínimo debate (Diario de sesiones, núm. 62, sesión de 18 de diciembre de 1987, p. 2657). Finalmente, la Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto fue publicada en el BOE núm. 13, de 15 de enero de 1988.

También crítico con el proceso de reforma de la LI, REQUEJO PAGÉS, «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», pp. 102-106.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en entrevista concedida el 19 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 232-234, transmite su sorpresa ante la ausencia de Exposición de Motivos y, desde su posición de subsecretario del Ministerio de Justicia cuando se aprobó la reforma de 1988, apunta a la ausencia de voluntad de supresión del requisito de motivación.

²⁴⁰⁷ CORTÉS BECHIARELLI, «Pasado, presente y futuro del indulto en España», (Parte I 6:30-6:37) apunta a que la reforma fue de cuestiones meramente procedimentales; GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», p. 56; PINEDA, «Derecho de gracia o indulto», pp. 35-36, asume que, a salvo el establecimiento como preferente del indulto propuesto por el Tribunal sentenciador, el resto de modificaciones operadas por la Ley 1/1988, de 14 de enero, fueron meramente formales.

²⁴⁰⁸ Cfr. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 225-227, aludiendo al art. 120. 3 CE; mismo autor, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo», pp. 313-314; mismo autor, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 911-914: «*la actual redacción del art. 30 LI es inconstitucional*»; DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», p. 515; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, p. 150, más templada, la califica de desafortunada; SERRANO MÁLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», pp. 623-624, considera, al analizar la STS de 20 de noviembre de 2013, que hubiera sido deseable el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de dicho precepto.

Sin embargo, LINDE PANIAGUA, «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995», p. 1421, la califica como reforma legal «*irrelevante*».

²⁴⁰⁹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas».

²⁴¹⁰ AGUADO RENEDO, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo», p. 312; mismo autor, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 912-913; FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas»: «*La omisión de la exigencia de motivación privaba del único mecanismo de prevención contra el riesgo de ejercicio arbitrario, por el Poder Ejecutivo, de una prerrogativa de la que no era titular originario, dándole la oportunidad de servirse de ella a su conveniencia, y sin tener que invocar explícitas razones de equidad o de utilidad pública*»; «*el Gobierno sigue teniendo en su mano dejar sin efecto una sentencia condenatoria firme (...) sin necesidad de motivar su decisión, en abierta contradicción con el principio de proscripción de la arbitrariedad en la actuación de todos los Poderes Públicos, proclamado por el artículo 9. 3 de nuestra vigente Constitución*»; MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas», p. 292.

6.3.2.2.1. La motivación de la denegación de indulto

La problemática relativa a la motivación también ha sido planteada, con menor intensidad²⁴¹¹, respecto del acto contrario del otorgamiento: la denegación de una solicitud de indulto a través del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros, que no goza de publicidad²⁴¹². Si bien defiende que, respecto de la exigencia de motivación, su control y la proscripción de la arbitrariedad de la decisión, no deben existir distinguos entre un acto de concesión y uno denegatorio²⁴¹³ –imagínese que este último contase con todos los informes favorables para su concesión–, ha de advertirse que estos escenarios se diferencian tenuemente del de concesión del indulto. Esa discrepancia no se relaciona con la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos –que sería predicable con la misma intensidad que en relación con una decisión favorable para el condenado– sino respecto de las fricciones ya expuestas en apartados anteriores.

Como subraya AGUADO RENEDO, la denegación de un indulto supone asumir la normalidad del funcionamiento del Estado²⁴¹⁴ y dicha decisión no acarrea ninguna excepción a los principios previamente analizados²⁴¹⁵. Ello explica que, en la práctica, se haya artificiado un distinguo entre los dos tipos de decisiones²⁴¹⁶, si bien la diferenciación no se ha hecho residir

²⁴¹¹ La excepción la encontramos en BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 123-124; CHAVES GARCÍA, «La ocasión perdida para controlar los indultos», p. 2; o GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», p. 54: «la conclusión de que las denegaciones de los indultos no adoptarán forma alguna, resultando del todo incognoscibles e inalcanzables las razones que propiciaron tal decisión y, con mayor trascendencia, eximiendo la decisión y sus fundamentos de cualquier forma de control. De forma tal que si el acto de concesión de la gracia está indeseablemente denotado por elementos arbitrarios, mucho más lo está aún la decisión desestimatoria que burdamente escapa de los más elementales mecanismos de control».

²⁴¹² GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», pp. 53-55, considera que los actos denegatorios también tendrían que adoptar la forma de RD, proponiendo, de *lege ferenda*, su publicación en el BOE, con los motivos que fundamenten la decisión.

²⁴¹³ En este sentido, voto particular formulado por PICO LORENZO a la STS de 6 de junio de 2014. DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 362-365, 367; DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 44; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 242-245, 259-260, lo limita a los indultos promovidos por el Tribunal sentenciador o el Juez de Vigilancia Penitenciaria; HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», p. 419, relaciona la necesidad de motivar también los rechazos ante la inexistencia de un derecho del solicitante a que el indulto sea concedido; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», pp. 248-249, lo enfoca para proteger el principio de igualdad. En contra parecen posicionarse CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 54, 59, nota al pie 22; MELENDO PARDOS, «Recensión», p. 785.

²⁴¹⁴ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 912, nota 24; mismo autor, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 231. Conclusión distinta es la alcanzada por BECA FREI, «Indulto particular», pp. 481-482; y GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», pp. 62-63.

Sensu contrario, DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», p. 2, sobre la consideración del indulto como una excepción al normal funcionamiento de la administración de justicia, *ergo*, de naturaleza extraordinaria; mismos autores, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», p. 45.

²⁴¹⁵ URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2934-2935, sobre la ausencia de interferencia en las labores del poder judicial.

²⁴¹⁶ GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», pp. 88-89.

expresamente en el factor determinante que, adelantado por aquel autor, aquí se identifica²⁴¹⁷.

Una particular posición al respecto es la mantenida por BIRKHOFF y LEMKE²⁴¹⁸. Si bien defienden que las decisiones de concesión de indulto no deben ser motivadas, aunque debiera poder deducirse la razón de su otorgamiento del correspondiente expediente (por entender que nadie resulta afectado negativamente por ellas y podrían recurrirse), para el caso de las denegaciones de indulto su posición es radicalmente distinta. Dichos autores afirman que, aunque fuera de forma sucinta, las decisiones negativas siempre han de ser motivadas cuando se separasen de la práctica de concesiones seguida hasta entonces. De ello se deduce su defensa de la motivación de las decisiones denegatorias y la posibilidad de asentar precedente con las decisiones de indulto que fueran adoptándose²⁴¹⁹.

6.3.2.2.2. Reflexiones finales sobre la motivación de las decisiones de indulto

Corregir el déficit de motivación, cuya presencia no es discutida –aunque en ocasiones, ya advertidas, sí justificada–, e introducir una exigencia *ad hoc* para cada decisión, se plantea por no pocas autorizadas voces como el principal remedio para acomodar la figura del indulto a las exigencias actuales de nuestro Estado de Derecho²⁴²⁰ y la garantía en virtud de la cual se destierren los abusos cometidos a través de esta figura²⁴²¹.

En relación a esos excesos, sin embargo, ha de efectuarse una puntualización que ya se efectuó al examinar las distintas finalidades asignadas al indulto. El análisis que se

²⁴¹⁷ STS de 14 de noviembre de 2014, de 23 y 26 de febrero y de 27 de septiembre de 2016 en las que se diferencia entre un pronunciamiento denegatorio de indulto y uno de concesión (para matizar lo dispuesto en la sentencia del mismo Tribunal de 20 de noviembre de 2013). Vid. URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2935-2937.

²⁴¹⁸ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 82, 123-124, para quienes la denegación no debería considerarse un acto de gracia, concluyen: «*Während ablehnende Entscheidungen des Gnadenträgers entgegen der bisherigen Praxis mit einer wenn auch sehr knappen Begründung, die auf die vorgebrachten Gnadengründe eingeht, versehen werden sollten, gilt dies für die Gnadenentschließung nicht. Die positive Entscheidung bedarf gegenüber dem erfolgreich gebliebenen Antrsteller keiner Begründung, weil es niemanden gibt, der durch diese Entscheidung beschwert ist und ein Rechtsmittel einlegen oder eine Gegenvorstellung erheben könnte. Da aber die Gründe, die den Gnadenträger zu seiner Gnadenentschließung veranlasst haben, gleichwohl aktenkundig sein müssen, um im Falle einer späteren Entscheidung einbezogen und angemessen berücksichtigt werden zu können, ist es erforderlich, dass eine ausführliche Begründung, die alle Aspekte des Gnadenverfahrens berücksichtigt, in einem Vermerk in dem Vorgang des Gnadenträgers niedergelegt werden*» (pp. 123-124).

²⁴¹⁹ En el mismo sentido, AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 237-238; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, pp. 56-57; GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», pp. 61-62; HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», p. 121; MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 123-124.

Sin embargo, QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 245, insiste en defender la ausencia de motivación de los indultos para evitar el riesgo de que se cree una especie de *derecho al indulto*.

²⁴²⁰ GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto, Tratamiento y control jurisdiccional*, pp. 19-20, 22: «*Y para garantizar la no convalidación de estos actos manifiestamente nulos, y en consecuencia declarar tal nulidad, resulta de todo necesario que los mismos se sometan al irrenunciable control jurisdiccional; y dicho control jurisdiccional para que resulte verdaderamente efectivo, y no simbólico o meramente aparente, y pueda distinguir con nitidez lo discrecional justo de lo arbitrario prohibido, ha de extenderse ineludiblemente sobre la motivación de la resolución, tanto estimatoria como desestimatoria*».

²⁴²¹ PICOT, «Rapport sur le droit de grâce dans ses rapports avec la science pénitentiaire», pp. 928-933 (especialmente, p. 933).

acomete, conocedor de la materialización de abusos, no pretende evaluar dichas desviaciones ni centrarse en ellas. Lo que se pretende es estudiar, en una capa más profunda, si la propia configuración estructural de la institución del indulto genera fricciones en el seno del Estado de Derecho desde la perspectiva constitucional –en este punto del análisis, en relación con la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos– y, de resultar afirmativa dicha cuestión, si esa situación es, *per se*, sostenible.

Adicionalmente y, por último, no puede dejar de resaltarse una especial circunstancia relativa a la motivación de las decisiones discrecionales. Cuando éstas revistan especial sensibilidad –lo son, indiscutiblemente, las relativas al indulto–, la exteriorización de las razones puede ser relevante no ya solo porque pueda establecerse como mecanismo de posible control sobre el contenido de los actos, sino en aras de incrementar la transparencia de los poderes públicos respecto de decisiones que afecten a resoluciones de ese tipo, como puedan ser también los nombramientos del CGPJ²⁴²².

6.3.2.3. Control de las decisiones de indulto

En tercer y último lugar, me centraré en el análisis del control de las decisiones de indulto. En un Estado constitucional de Derecho se permite, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos que permitan una verificación –como la fiscalización de elementos reglados²⁴²³ o la comprobación de extralimitaciones de las funciones constitucional y legalmente atribuidas–, determinadas decisiones discrecionales. El indulto sería, a estos efectos, una de ellas.

Asumiendo que la decisión de concesión o denegación de un indulto nace de la facultad discrecional del poder ejecutivo²⁴²⁴ y toda vez que la citada ausencia de motivación es una tacha actual que goza de respaldo legal conforme a la literalidad de la LI, no resulta pacífico –tampoco en el seno de ordenamientos vecinos²⁴²⁵– determinar dónde deben establecerse los

²⁴²² Respecto de los nombramientos discrecionales del CGPJ, cfr. voto particular concurrente formulado por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ a la STS de 20 de noviembre de 2013.

Por este motivo se emitió la correspondiente nota del CGPJ el pasado 10 de mayo de 2016, con motivo del nuevo nombramiento del magistrado designado como presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia tras el dictado de la STS de 10 de mayo de 2016.

²⁴²³ Cuyo cumplimiento formal impediría la persecución de los hechos por la comisión de un delito de prevaricación (ATS de 4 de abril de 2013).

HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 123-126; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», pp. 1049-1050; LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, p. 175; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 29, 45-49; SERRANO MÁILLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», pp. 616-617.

²⁴²⁴ STS de 30 de enero de 2014, de 23 de enero de 2013 y de 25 de enero de 2012 llegan a configurarlo como un *mero acto graciable*.

²⁴²⁵ Así, por ejemplo, en Alemania: BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 66-107; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 174-195; HELD, «Gnade und Recht», pp. 416-422; HÖMIG, «Gnade und Verfassung», pp. 1328-1332, 1335; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, p. 1004, § 76, 9; MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 56-91; PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», pp. 116-120; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 126-131; SCHENKE, «Rechtsschutz gegen Gnadenakte», pp. 588-593; WALDHOFF, «Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?», pp. 139-141; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 67-85.

límites del control de tal medida, la concreción de su eventual «justiciabilidad»²⁴²⁶. Esto es, hasta qué punto las decisiones de indulto son susceptibles de poder ser controladas por los órganos judiciales y si dicha fiscalización es potencialmente efectiva²⁴²⁷.

Como se ha adelantado, esta discusión no es exclusiva del ordenamiento nacional. Sobre la cuestión de si el indulto es o no *justiciable* se han pronunciado reiteradamente los tribunales alemanes (de forma sobresaliente su Tribunal Constitucional), a través de distintas resoluciones dado que el control judicial de las decisiones de indulto es una cuestión compleja que requiere pronunciamientos diferenciados²⁴²⁸. Los tribunales germanos han concluido que la decisión denegatoria de concesión de indulto no está sujeta a control judicial por el carácter discrecional del acto (no es de aplicación el art. 19. 4 de la Constitución alemana)²⁴²⁹; pero sí lo es para el (singular) caso de revocación de un indulto ya otorgado, por la protección de la confianza en el Estado de Derecho²⁴³⁰. Esta necesidad de controlar judicialmente las revocaciones de las decisiones de indulto se equipara a la necesidad de motivar y fiscalizar el rechazo a la remisión condicional de la pena después de transcurrido el plazo legalmente previsto²⁴³¹.

Aceptando la posibilidad de que las decisiones de indulto sean fiscalizadas en un Estado de Derecho, la discusión se centra preliminarmente en determinar²⁴³²:

1. El tipo de control que debe ejercerse y la naturaleza de la responsabilidad que se despliega consecuentemente ante aquellas decisiones de indulto²⁴³³. El grueso de la discusión se centra en aclarar si debe existir un control judicial²⁴³⁴ (no solo en virtud de lo dispuesto por el art. 31 LI) o bastaría con otro tipo de fiscalización extrajudicial: la exigencia de una responsabilidad de carácter eminentemente político (art. 23. 1 y 66. 2 y 113 CE y art. 29. 2 Ley 50/1997, de 27 de noviembre)²⁴³⁵ – parlamentario²⁴³⁶ o de cariz social²⁴³⁷ –incluyendo la respuesta de las urnas²⁴³⁸-. Y

²⁴²⁶ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 143-162; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 618-619; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 210-211.

²⁴²⁷ Escéptica, SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 68: «*el denominado control jurisdiccional del indulto es más un artilugio estético y retórico que un control efectivo*».

²⁴²⁸ STC alemán de 27 de septiembre de 2012.

²⁴²⁹ STC alemán de 23 de abril de 1969, con cuatro votos discrepantes que defienden la necesidad de motivar cualquier decisión sobre el indulto (ya sea de concesión o denegación); de 21 de junio de 1977, de 4 de abril de 1984, de 3 de julio de 2001 y de 12 de noviembre de 2012; sentencia de 8 de marzo de 1962 del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal.

En contra, MENGER, «Anmerkung zu BverwG Urteil vom 27.2.1957 – I C 165.55– (OVG Lüneburg)», p. 683.

²⁴³⁰ STC alemán de 20 de marzo de 2013.

Por todos, RINIO, «Rechtsprechungsübersicht zum Widerruf von Gnadenerweisen», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 26, 2006, pp. 438-442.

²⁴³¹ STC alemán de 12 de enero de 1971.

²⁴³² Cfr. SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», pp. 4-12.

²⁴³³ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 909.

²⁴³⁴ RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», p. 1502: «*[The clemency power] is a discretionary power, almost entirely unreviewable by courts*».

²⁴³⁵ STC alemán de 23 de abril de 1969.

Voto particular de RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ a la STS de 20 de noviembre de 2013: «*Debe ser sometido, sin duda, a controles políticos, parlamentarios o del mismo electorado pero no es susceptible de ser articulado en un juicio de Derecho por lo que no puede ser controlado por los Tribunales de lo contencioso-administrativo*».

más que en sus aspectos formales. Desde la época romana hasta hoy se ha afirmado en nuestra cultura que el perdón es libre y se concede por razones de bondad y de equidad, no por formulismos legales: "*Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat*" (Séneca, *De Clementia*, II, 7)».

Vid. VELASCO CABALLERO, «El control del indulto: entre gobierno y justicia», p. 9; CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 59, 78, lo acumulan al control social y al judicial; MATEO, J. J., «El Congreso controlará por primera vez la concesión de indultos»; PFLIEGER, «Gnade vor Recht?», pp. 85, 87; SILVELA; *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, p. 451; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, en la sesión celebrada el 15 de diciembre de 2016, en el seno del III Ciclo de seminarios Retos y desafíos del Estado español en el siglo XXI, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Para BECA FREI, «Indulto particular», pp. 501-506, se debe implantar un doble sistema basado en el control político (pp. 501-503) y el examen por el Tribunal Constitucional (pp. 503-506).

RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ, en entrevista concedida el 16 de diciembre de 2014 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 346-347, contrario a someter las concesiones de indulto a control judicial, defiende modificar la LI para introducir expresamente la previsión de su sometimiento al control político.

²⁴³⁶ BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 87-90, 92, 148, enumera las preguntas orales relacionadas con el indulto planteadas al Gobierno en el Congreso, constatando que a mayor control ejercido a través de este mecanismo, menores concesiones de indulto; mismo autor, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», pp. 331, 333; BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, pp. 94-99, señala el control parlamentario como único operativo desde el plano constitucional –unido al control del tribunal sentenciador ex art. 31 LI–, dado que, según dicho autor, el indulto es un acto del Gobierno, respecto del que el TC carece de control; HELD, «Gnade und Recht», pp. 422-423, destaca la cualificación de ese control parlamentario como posterior al acto de concesión; HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 126-127, a favor de su empleo, al definir el acto de concesión de indulto como un acto político reglado; LINDE PANIAGUA, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», p. 170, llega a comprender en el ámbito del control parlamentario el análisis del art. 9. 3 CE; LÓPEZ AGUILAR, «Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia», pp. 329, 332, 336-341, favorable a que las Cortes Generales controlen la política de indulto del Gobierno (su responsabilidad política) ex arts. 66, 97, 108 a 114 CE, sin perjuicio de otro tipo de responsabilidades de carácter jurídico –civiles, penales, disciplinarias– que pudieran derivarse (p. 339) y con respeto a determinados límites, como el derivado del «*mandato corriente*» (pp. 339-340) o el «*derecho al olvido*» de los «*beneficiarios pretéritos del indulto*» (pp. 340-341); LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso»; MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, pp. 32-33; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 45; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 122-126, 166; mismo autor, «Gnade vor Recht», p. 1254, proclive también a un control estrictamente parlamentario; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», pp. 86-87.

HAASE, «"Oh my darling clemency"», p. 1299, advierte de la reluctancia (y de la consiguiente inutilidad) a la utilización en Estados Unidos de América de la figura del *impeachment* para controlar parlamentariamente los otorgamientos de perdón.

SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 59-60, contraria al control parlamentario; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», pp. 232, 249, lo considera insuficiente.

ORLANDO, *Principii di Diritto Costituzionale*, p. 221, § 288, se manifiesta favorable pero escéptico, dado que el carácter especialísimo del indulto lo convierte en un tema poco apto para la discusión en una asamblea política, ya que: «*dopo tutto, esso suppone l'esercizio di un prudente arbitrio, che si può difficilmente valutare coi criteri politici in una assemblea prevalenti*».

²⁴³⁷ Ya señalado por PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia», p. 271 aludiendo a la «*voz del pueblo*» y la «*opinión universal*»; Díez SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», pp. 1182, 1200, 1202; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2942; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 86, favorable al papel que los medios de comunicación realizan en ese control social.

Voto particular formulado por Díez-PICAZO GIMÉNEZ a la STS de 20 de noviembre de 2013: «*el control social –que no jurídico– del derecho de gracia por parte de la opinión pública es especialmente necesario, para evitar un ejercicio excesivo o abusivo de aquél*». Voto particular formulado por LESMES SERRANO, con adhesión de nueve Magistrados, a la STS de 20 de noviembre de 2013: «*A diferencia de los otros poderes del Estado, que gozan de ámbitos de poder metajurídicos, como son singularmente las decisiones de iniciativa política (y el indulto lo es) sometidos a control social y político, como en este caso ocurrió con la comparecencia parlamentaria del Ministro de Justicia ante el Congreso y sus explicaciones ante la opinión pública, que son los mecanismos propios de control político. El poder de los Jueces, sin embargo, es un poder estrictamente jurídico pues sus decisiones han de estar fundadas siempre en la Constitución y en la Ley. Sólo de esa manera será un poder democrático, sin poder invadir el espacio reservado a la decisión política, aunque ésta no les guste o*

2. Si la limitación que supone circunscribirse a la verificación del respeto procedimental satisface el déficit originario respecto de la exteriorización de las razones que dan lugar a su concesión o denegación²⁴³⁹.

De aceptarse, como no puede ser de otro modo, la procedencia del control judicial²⁴⁴⁰ –y, en su caso, el examen por parte del Tribunal Constitucional²⁴⁴¹–, el debate se centra en aclarar su alcance:

- (i) Si se reputa suficiente una verificación del cumplimiento de los elementos formales del procedimiento de concesión, dada la especial naturaleza del acto²⁴⁴²: control de los elementos reglados *ex art. 2. a) LJCA* –solicitud de informes preceptivos, pero no vinculantes²⁴⁴³ (materia sobre la que se han presentado

venga precedida o provoque una gran alarma social. Si los Jueces asumen ese control social y político que no les corresponde, incurren en excesos de muy difícil corrección».

En contra, SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 60.

²⁴³⁸ BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», p. 813; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 54; KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 617.

²⁴³⁹ En contra, CHAVES GARCÍA, «La ocasión perdida para controlar los indultos», pp. 1-2, crítico con la STS de 6 de junio de 2014 que constriñe el control al procedimiento, pero no su resultado.

²⁴⁴⁰ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 154-162; CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 59-64, inciden en el doble control: por el Tribunal sentenciador y en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa (mucho más amplio); LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 51, 75; mismo autor, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», p. 170, matiza; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», p. 249; PERANDONES, «El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», p. 7; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 45-46, 68, aluden a la necesidad de que exista un control judicial como exigencia de un Estado de Derecho, al tiempo que señalan los obstáculos prácticos de dicho control, por lo que proponen incorporar un apartado específico a la LI sobre aplicación y control; SERRANO MAÍLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», p. 616; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 87, incide en que no cabe otra postura en un Estado de Derecho.

²⁴⁴¹ HÖMIG, «Gnade und Verfassung», pp. 1330, 1335. En contra, BUENO OCHOA, *Elogio y refutación del indulto*, pp. 94-99.

²⁴⁴² Entre innumerables, ATS de 15 de enero de 2016 y de 7 de febrero de 2017; STS de 13 y 17 de noviembre, de 5 de junio de 2015; STS de 13 de noviembre de 2015; sentencia de 8 de junio de 2015 por el que se anula el Real Decreto de concesión en atención a la ausencia del informe emitido por el órgano judicial que acogió el recurso a la sentencia en el mismo sentido que la STS de 17 de marzo de 2014; ATS de 1 de junio de 2015; STS de 29 de mayo de 2013, de 20 de febrero de 2013 o de 25 de enero de 2012. Cfr. voto discrepante formulado por LESMES SERRANO al que se adhirieron otros nueve Magistrados la STS de 20 de noviembre de 2013.

En este sentido, MAGRO SERVET, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», pp. 41-42; ZAGREBELSKY, *Amnistía, indulto e grazia*, pp. 187, 214-215.

²⁴⁴³ La jurisprudencia no es pacífica en relación con los efectos que produce no recabar los informes sobre la conducta del penado previstos en el art. 24 LI. De esta forma, se ha determinado que no recabar el informe del Gobernador de la provincia (hoy del Subdelegado del Gobierno) previsto en el art. 24 LI no produce efectos anulatorios del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se deniega el indulto (STS de 25 de enero de 2012); y también se ha procedido a la anulación del acuerdo del Consejo de Ministros denegatorio de una solicitud de indulto al omitirse el trámite relativo al mencionado informe del art. 24 CE, entendiéndolo como un trámite esencial cuyo incumplimiento vicia el procedimiento (STS de 20 y 27 de septiembre de 2016). LINDE PANIAGUA, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», p. 169; mismo autor, *Amnistía e indulto en España*, p. 182, considera la propuesta del Ministro de Justicia como un requisito de validez.

Como apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 22, en la práctica dicho informe se ha venido a complementar por los emitidos por instituciones de carácter social, asociaciones, lugar de trabajo, etc. que puedan demostrar la reinserción social, laboral y familiar. En el mismo sentido, MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 118.

propuestas de reforma²⁴⁴⁴)– que podría incluir el análisis de la eventual actuación *ultra vires* o extralimitada respecto de las atribuciones determinadas por la Constitución y la propia LI²⁴⁴⁵; o

- (ii) Si se puede extender a un control más amplio del acto, más allá de la protección de los derechos fundamentales que precisa el mismo art. 2. a) LJCA, que incluya una eventual fiscalización de las concretas razones de justicia, equidad o utilidad pública que motivarían su concesión²⁴⁴⁶. Esta ampliación del ámbito de control se basa en que la aludida especial naturaleza de la decisión no excluye su sujeción a estándares propios y generales de los actos emanados de los poderes públicos²⁴⁴⁷ y toda vez que el reconocimiento constitucional del pleno control judicial de la actuación de los poderes públicos se fundamenta no en una concepción formal del acto sino en una de carácter funcional²⁴⁴⁸.

De esta forma, nada impide la consecución de diligencias para comprobar la certeza de los hechos en que se funda cada petición, como ya indicaba la Circular de la Fiscalía de 14 de abril de 1925, publicada en Gaceta de Madrid núm. 105, de 15 de abril de 1925. Expresamente lo reconoce la Regla cuarta de la Disposición adicional octava de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar; y así pudiera interpretarse el art. 26 LI.

También en Derecho comparado; así lo sistematizan, BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 61-63; BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 146-149; o GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, pp. 203-215.

²⁴⁴⁴ Vid. apartado 1.3.1. *Justificación contextual del tema de estudio. Propuestas de reforma formuladas a la regulación del indulto.*

²⁴⁴⁵ Vid. por todas, STS de 20 de febrero de 2013.

²⁴⁴⁶ Destaca la STS de 20 de noviembre de 2013: «*Obvio es que el control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar), ni a la valoración del contenido de los requisitos formales (esto es, al contenido de los informes reglados a los que se refiere la LI), pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública”; especificación a la que ha de llegarse “con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir”. Esto es, no contamos con ámbito de revisión jurisdiccional respecto de la decisión de indultar, ni podemos adentrarnos en las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones que consten en el expediente, pues nuestro ámbito llega, como hemos expresado, al control de la concurrencia de los elementos preceptivos, sin poder discutir sus respectivos contenidos. Pero sí debemos enjuiciar si las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” –que necesariamente deben de constar en el Acuerdo y que pueden responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las [de] carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar)–, cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente. Dicho de otra forma, entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” (legalmente exigibles), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente “asequible”, por el que debe transitarse con los instrumentos de la lógica jurídica».*

LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1050, a favor de la inclusión en la fiscalización de la consecución de la finalidad de justicia, considera una desviación de poder (controlable judicialmente) el apartamiento por parte del ejecutivo de aquella finalidad; SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», pp. 4-9, 12, más exigente, a favor de: «*un control interno o sustancial, que autorizaría para bucear en la ratio de la determinación, con el fin de sondear primero y verificar después las razones de su oportunidad, conveniencia y justeza, indagando definitivamente sobre las últimas causas jurídicas de su decisión*» (p. 4); VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 89.

Sin embargo, URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2919-2921, descarta que pueda emplearse la técnica de control de desviación de poder, al no tratarse de un acto administrativo.

²⁴⁴⁷ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 48-49, distinguiendo la proscripción de la arbitrariedad de la obligación de racionalidad, imparcialidad y objetividad en la decisión.

²⁴⁴⁸ KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 39, 82-85.

Tanto CÓRDOBA RODA²⁴⁴⁹ como Alberto JORGE BARREIRO²⁴⁵⁰, apuntan, aceptando la posibilidad de fiscalización de la decisión por parte de los Tribunales, a la necesidad de considerar, aunque sea tangencialmente, los elementos valorativos de los tipos penales que se manejaron para dictar la sentencia de signo condenatorio que pretende afectarse por el indulto.

En relación a esta discusión, replicada en otros ordenamientos²⁴⁵¹, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de noviembre de 2013, ha marcado un punto de inflexión respecto de sus anteriores pronunciamientos²⁴⁵².

Como antecedente a ella, PICO LORENZO²⁴⁵³ y MURILLO DE LA CUEVA²⁴⁵⁴ apuntan a las reflexiones contenidas en la STS de 2 de diciembre de 2005, la cual ya advertía: «*Su exposición de motivos [de la LI] precisa bien su alcance y subraya, ya que se refiere solamente a los indultos particulares, la importancia que han de tener a los efectos de la decisión que deba adoptar el Consejo de Ministros, los hechos y circunstancias del caso concreto, sobre los que debe extenderse la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se manifieste. Motivación que deberá contemplar, especialmente, las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, de la equidad y de la conveniencia social, pues son extremos cuyo estudio impone la Ley*».

²⁴⁴⁹ CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 52-53.

²⁴⁵⁰ JORGE BARREIRO, Alberto, en ponencia celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro».

²⁴⁵¹ Como se ha constatado, la sentencia de 23 de abril de 1969 del Tribunal Constitucional alemán (STC alemán de 23 de abril de 1969) ha sido objeto de críticas y alabanzas.

En Perú, esta cuestión llegó también al Tribunal Constitucional que, en su sentencia de 18 de diciembre de 2007, subrayó la necesidad de que las decisiones de indulto se motivaran: «*Si bien se advierte que la resolución suprema inaplicada carece de motivación, aspecto que fue determinante para que la sala emplazada decida inaplicar el derecho de gracia concedido, este Tribunal considera que habiéndose dilucidado la ausencia de arbitrariedad del acto mediante el cual se decreta la referida gracia presidencial, toda vez que es respetuoso de sus límites materiales y formales derivados de la Constitución, la falta de motivación no invalida la resolución adoptada. Queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado*».

²⁴⁵² CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 69; DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», pp. 1181, 1193-1203; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», p. 211; GALÁN CÁCERES, «El indulto como acto discrecional del gobierno y su control jurisdiccional (Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2013)», pp. 174-175, llega a equiparar la doctrina de la STS de 20 de noviembre de 2013 con «*técnicas de reducción de la discrecionalidad*»; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 66-68; SERRANO MAÍLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», pp. 614, 623; URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2899, 2943.

NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 170-180, 194, destaca la tendencia aperturista dirigida a permitir que las decisiones sean judicialmente controladas en sistemas de *common law*.

²⁴⁵³ PICO LORENZO, ponencia celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro».

²⁴⁵⁴ MURILLO DE LA CUEVA en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 47.

Aquella resolución ha descubierto un espacio accesible de control jurisdiccional²⁴⁵⁵, a través del recurso al denominado *principio de configuración legislativa asequible*²⁴⁵⁶, consistente en verificar la posibilidad de determinar (con un proceso guiado por la lógica y la racionalidad jurídica *versus* la arbitrariedad²⁴⁵⁷) si las razones legales que deben motivar una decisión de indulto –justicia, equidad o utilidad pública²⁴⁵⁸– cuentan con apoyo real en los elementos reglados (datos objetivos recabados en el expediente de indulto para que éste no se convierta en objeto del que sea predicable una clamorosa absoluta inutilidad). Como señala URKOLA IRIARTE, el análisis efectuado por el Tribunal Supremo supone aplicar un test de racionalidad, no de razonabilidad²⁴⁵⁹. La meritada resolución, sin exigir literalmente una auténtica motivación para no apartarse del texto de la LI²⁴⁶⁰, viene a señalar la necesidad de que las razones consideradas por el Gobierno y motivadoras de la concesión de indulto sean cognoscibles.

Dicha controvertida sentencia²⁴⁶¹ permite, en definitiva, avanzar más allá del mero control formal de la tramitación del expediente y de la limitada revisión de la satisfacción formal de aquellos elementos reglados, aun cuando se insista en calificarlo como un control meramente externo. De hecho, la resolución declara la nulidad del Real Decreto de indulto porque éste no está justificado²⁴⁶², porque las tan repetidas razones de justicia, equidad o utilidad pública no eran tangibles, porque no era posible situar la concesión en el terreno de la lógica jurídica²⁴⁶³

²⁴⁵⁵ JORGE BARREIRO, Alberto, ponencia celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», recuerda que se asumiría el criterio ya utilizado para los secretos oficiales.

²⁴⁵⁶ URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2916.

²⁴⁵⁷ PFLIEGER, «Gnade vor Recht?», p. 86, respecto de la necesidad de que el acto de concesión de indulto sea lógico, comprensible.

Crítica sobre este razonamiento seguido por el TS, SERRANO MAÍLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», pp. 618-619.

²⁴⁵⁸ Vid. apartado 4.1. *La finalidad racional en el empleo del indulto en un Estado de Derecho*.

²⁴⁵⁹ URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», pp. 2928-2930. Dado que, como recuerdan CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 67, no se podrá entrar a enjuiciar la decisión de ejercer o no la prerrogativa de indultar.

En contra, SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto», en Diario núm. 6347, 26 de octubre de 2005, pp. 1-13.

²⁴⁶⁰ Sin embargo, RODRÍGUEZ RAMOS, «Principio de legalidad penal. ¿Crisis de la garantía criminal?», p. 530, defiende que dicha resolución sí ha exigido una motivación suficiente de las decisiones de indulto.

²⁴⁶¹ No solo por los múltiples votos particulares formulados a ella (de ellos, destacado el voto discrepante formulado por LESMES SERRANO y al que se adhirieron otros nueve Magistrados) sino por la doctrina que críticamente la analiza: VELASCO CABALLERO, «El control del indulto: entre gobierno y justicia», pp. 3-10 (especialmente, pp. 5 ss.): «Se puede considerar que la Sala Tercera ha incurrido en un exceso de jurisdicción al inaplicar una norma legal vigente (la que deroga la existencia de la motivación de los decretos de indulto) y resolver el litigio conforme a una norma que, simplemente, no está en la ley (sino que más bien se ha inducido de la ley)» (p. 6); CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 70-76, siguiendo a VELASCO CABALLERO.

Sin embargo, ROBLES FERNÁNDEZ, en entrevista concedida el 5 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 265, valora positivamente su dictado, para que «el Gobierno correspondiente sepa que se le va a controlar en el tema de los indultos». Valoración compartida por HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», p. 44.

²⁴⁶² Tras su declaración de nulidad, no se emitió un nuevo Real Decreto motivado. El 11 de abril de 2014, el Tribunal Constitucional dictó resolución por la que inadmitía la demanda de amparo presentada por el condenado (<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-tc-inadmite-tramite-recurso-amparo-kamikaze-indultado-gobierno-20140411162748.html>, consultado el 27 de marzo de 2017).

²⁴⁶³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», pp. 221-224.

(excluyente de la arbitrariedad) dado que el único fundamento que se contenía para el otorgamiento, la referencia a los dos informes del Ministerio Público y Tribunal sentenciador, era contrario a su concesión.

El dictado de dicha sentencia descubre tanto los breves y dificultades que existen para acomodar la figura de indulto en un Estado de Derecho²⁴⁶⁴, en el seno del cual se proscriben a los poderes públicos que actúen de forma arbitraria, como el esfuerzo que es acometido vía interpretación judicial al deficiente texto legal para intentar salvar la existencia de una figura cuyo encaje en aquél no resulta aproblemático.

La decisión sobre el indulto es un acto emanado de los poderes públicos y debe estar sujeto tanto a la general proscripción de la arbitrariedad, como al oportuno control judicial y, cuando proceda, a la supervisión del Tribunal Constitucional. Dada la actual ausencia de exigencia legal (en el articulado de la LI) de exteriorización de las razones que conllevan su otorgamiento, el distingo entre las decisiones discrecionales y las arbitrarias se obstaculiza. Por ello, la relación entre el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la configuración actual de la figura del indulto no está libre de dificultades.

6.4. La eventual vulneración del principio de igualdad en las decisiones de indulto

Como se comprobó en el capítulo cuarto, al analizar las funciones asignadas a la institución, una de las razones principales que se aducen para justificar el otorgamiento del indulto es la prevista en el art. 4. 3 CP: que, atendidas las circunstancias especiales de un determinado supuesto, la condena impuesta pueda no ser justa porque, para ese caso, la aplicación estricta de la norma penal implica que la pena es excesivamente severa, injusta e, incluso, cruel. Es precisamente en atención a aquellas concretas circunstancias, se alega, por las que ha de modularse la ejecución del castigo, dejándolo sin efecto totalmente, minorándolo o conmutándolo por otro que sí se repute equilibrado.

Al margen de los fundados argumentos que existen en contra de la anterior justificación²⁴⁶⁵, la concesión de un indulto inmotivado en cuya redacción se obvian las concretas circunstancias concurrentes que justifican su otorgamiento²⁴⁶⁶, la ausencia de aprehensión²⁴⁶⁷ y de extensión

²⁴⁶⁴ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 10-11; PICO LORENZO, ponencia celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro».

²⁴⁶⁵ Vid. apartado 4.3.2. *El indulto como instrumento de proporcionalidad*.

²⁴⁶⁶ STS de 28 de mayo de 2015: «Consiguientemente, al rechazarse la exigencia de motivación, mal podrá haberse vulnerado el art. 14 CE, en su perspectiva de derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, máxime cuando el término de comparación ofrecido son las decisiones positivas de indulto, absolutamente improcedente para justificar ese trato discriminatorio en razón de su genericidad y de la total desidentidad entre las decisiones denegatorias y las que acceden a las peticiones de indulto».

Cfr. voto particular formulado por PICO LORENZO a la STS de 6 de junio de 2014; y voto particular formulado por la misma Magistrada a la STS de 30 de enero de 2014, sobre imposibilidad de conocimiento de la homogeneidad de condiciones, dada la ausencia de exteriorización de las causas de la concesión o denegación o el cambio de criterio gubernamental. El voto particular a la STS de 6 de junio de 2014, fue expresamente loado por CHAVES GARCÍA, «La ocasión perdida para controlar los indultos», p. 2.

automática de dicho beneficio al resto de personas que se encuentren bajo una realidad equivalente²⁴⁶⁸ (respecto de las que, por ejemplo, siquiera se haya interesado el indulto al ser su tramitación rogada²⁴⁶⁹)²⁴⁷⁰ y la ausencia de un derecho a que el indulto sea otorgado²⁴⁷¹, implica que, en la práctica, puedan coexistir dos supuestos con características iguales ante la ley²⁴⁷² –si no idénticos²⁴⁷³– a los que los poderes públicos dispensan un tratamiento diferenciado²⁴⁷⁴; tan distinto que a un condenado se le concede cual «privilegio»²⁴⁷⁵, y al otro, con circunstancias equivalentes, no²⁴⁷⁶. Como advierte DIMOULIS, que el condenado no tenga *derecho al indulto* no implica que el poder ejecutivo pueda vulnerarle otros derechos al decidir sobre aquél²⁴⁷⁷. Ello, asumo, no puede resultar ajeno al control judicial y a la fiscalización del Tribunal Constitucional, de darse los oportunos parámetros de comparación²⁴⁷⁸.

²⁴⁶⁷ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 355-358.

²⁴⁶⁸ Ya que, como advertía BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, p. 862, IV, 1: «Die Gnade ist keine *lex specialis*». ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 178-180, en el mismo sentido.

²⁴⁶⁹ VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (1:35:03-1:35:36).

²⁴⁷⁰ HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», p. 121, sobre la creación de expectativas a aquellos que se encuentran en una situación comparable al que recibe el indulto, que permite, según dicho autor, justificaría el surgimiento de un derecho material al indulto. Vid. *apartado 6.3.2.2.1. La motivación de la denegación de indulto*.

²⁴⁷¹ Por todas, STS de 14 de septiembre de 2015. Así también, STC alemán de 23 de abril de 1969, de 12 de enero de 1971 y de 20 de marzo de 2013.

JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, p. 18: «La sola idea de un derecho al perdón destruye el perdón». Vid. *epígrafe 2.1.1. Aproximación del concepto de indulto*.

²⁴⁷² Me refiero a una igualdad material que supere el canon de constitucionalidad respecto del presupuesto referencial básico (que las situaciones subjetivas sean homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso), no a un criterio basado en el signo de los informes emitidos por el Ministerio Fiscal o el Tribunal sentenciador o a lo que se ha venido a denominar «*clamor popular a favor del indulto*». Vid. DÜRIG, «OVG Hamburg, Urteil v. 23.9.1960 – Bf. I 203/59», pp. 166-167; SMART, «Mercy», pp. 351-352.

²⁴⁷³ GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», p. 59: «*dada la peligrosidad de que la facultad discrecional de otorgar la gracia atribuida al Ejecutivo, sobrepase los límites de la discrecionalidad convirtiéndose en arbitraria y descontrolada y dada la efectividad del derecho fundamental a la igualdad ante la ley reconocido y garantizado en el artículo 14 CE que ha de desplegar sus efectos ante la denegación de una solicitud de gracia con unos presupuestos similares si no idénticos a otra solicitud con resultado favorable a su concesión, es no sólo conveniente sino habría de ser exigible la motivación en los Reales Decretos no sólo estimatorios sino desestimatorios de la solicitud de gracia. Pues así las cosas, ¿qué ocurriría si en relación a un supuesto en el que se ha denegado la gracia, existen precedentes sustancialmente similares en los que se ha concedido? Parece claro que estaríamos ante una evidente quiebra del principio de igualdad en la aplicación de la ley*».

²⁴⁷⁴ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 54-55; BACHOF, «Über Fragwürdigkeiten der Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz», pp. 472-475; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, pp. 125-141, 389, 400-401.

²⁴⁷⁵ BRAVO, *La gracia de indulto*, p. 22.

²⁴⁷⁶ BUENDÍA CÁNOVAS, «La necesaria derogación de la institución del indulto», p. 2; LINDE PANIAGUA, *Amnistia e indulto en España*, p. 52, sobre el ejercicio arbitrario del indulto y el principio de igualdad, apunta: «y lo que es más grave, la arbitrariedad de conceder en unos casos y en otros no, no obstante sea fundada la semejanza de los supuestos»; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», pp. 232-233: «*nada impide que en un caso se conceda el indulto y en otro similar, no*».

Justamente ese fue el reproche planteado por HERNANDO FRAILE a LÓPEZ GUERRA, sobre el otorgamiento y denegación del indulto respecto de dos alcaldes (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia, núm. 386, sesión núm. 21, de 4 de octubre de 2005, pp. 15-16).

²⁴⁷⁷ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 363.

²⁴⁷⁸ STS de 14 de septiembre de 2014. Reticiente, STC de 30 de marzo de 1981.

Siendo el indulto particular una institución paradigmáticamente infrainclusiva²⁴⁷⁹, su concesión es potencialmente contraventora del principio previsto en el art. 14 CE, de igualdad en aplicación de la ley (la LI), en relación con un derecho fundamental como es la libertad²⁴⁸⁰. De esta forma, las decisiones sobre el indulto no pueden dejar de estar sujetas al principio de igualdad²⁴⁸¹.

Pudiera alegarse en contra de dicha observación que el principio de igualdad se ve conculcado cuando se dispensa un tratamiento desigual a dos situaciones materialmente iguales y que, habida cuenta de que el otorgamiento excepcional del indulto²⁴⁸² se basa en la unicidad del supuesto indultado –en el que se tienen en cuenta no solo los hechos cometidos sino las circunstancias concurrentes al autor–²⁴⁸³, el reproche relativo al art. 14 CE se fundamenta en

LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 50-53, antes de que se aprobara la CE, incidiendo sobre la no excepción del principio de igualdad en el ejercicio de la clemencia.

²⁴⁷⁹ MOORE, K. D., «Pardon for good and sufficient reasons», p. 285: «*a pardon singles someone out for special treatment, every pardon is potentially a comparative injustice, a violation of the principle of equal treatment under the law*».

Expresamente en contra, MORISON, «The politics of grace», pp. 4-5, 116-131, al entender que el indulto es un deber imperfecto del otorgante y, por tanto, queda excluido de los requisitos de la justicia comparativa.

²⁴⁸⁰ Sentencia del Staatsgerichtshof del Estado de Hessen de 28 de noviembre de 1973, en *Neue Juristische Wochenschrift*, cuaderno 18, 1974, pp. 791-793.

En el mismo sentido, LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 71-72; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1470: «*Si las leyes son justas, es injusto y desigualitario aplicar el indulto (al no abarcar a todos los penados); si son injustas lo correcto es modificar las leyes, no arreglar la cuestión para unos pocos afortunados*»; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», pp. 27-28: «*[El instituto de la clemencia] no solo constituye un lastre del Estado absoluto que ha perdurado hasta nuestros días, sino que, además, se erige probablemente en un continuo y soterrado ataque al principio de igualdad*»; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 71.

AGUADO RENEDO, «Espagne», p. 398: «*La grâce ne pose pas de problèmes dans la pratique, du point de vue du principe d'égalité, puisque l'exercice du pouvoir de grâce par le pouvoir exécutif est facultatif. Par ailleurs, selon nous, d'un point de vue strictement constitutionnel et théorique, une réclamation fondée sur le principe d'égalité ne pourrait être recevable qu'à la condition que celui qui en est à l'origine, à cause d'un refus de pardon, soit dans une situation substantiellement identique à celle d'un autre auquel cette grâce aurait été concédée. (...) mais c'est une hypothèse extrêmement difficile à mettre en oeuvre*».

²⁴⁸¹ BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, pp. 47-48; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», p. 128; GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», pp. 59-63; KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 88-93, 96, lo reconoce, si bien señala la dificultad de alcanzar el canon de comparación por la combinación de razones que motivan la decisión de indulto (entre las que se incluye el comportamiento del condenado). Paralelamente, respecto de la amnistía y la prohibición de contravención del trato desigual, MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 45-47.

²⁴⁸² LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 51, sobre la singularidad del caso como único criterio que puede salvar la constitucionalidad de la clemencia; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1045, sostiene que el indulto: «*sólo puede concebirse como una medida excepcional, destinada a proveer situaciones igualmente excepcionales*».

²⁴⁸³ STS de 23 y 26 de febrero de 2016 y de 6 de junio de 2014: «*La esencia del poder de perdonar consiste en tratar cada caso en forma singular lo que, por principio, hace inviable el contraste entre casos o juicio de comparación que es necesario efectuar en toda pretensión de vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley del artículo 14 de la CE. (...) De estas circunstancias se sigue que, por regla general, no resulta posible establecer un juicio de igualdad basado en un término de comparación en materia de gracia, porque, a esos efectos, no hay dos casos que sean iguales*».

BACHOF, «Über Fragwürdigkeiten der Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz», p. 471; CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», p. 54; MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 77, 81, quien aduce que lo que está instaurado son las «*Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsgleichheit, nicht aber Gnadengleichheit*» (p. 81); SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», pp. 1251, 1253.

una situación de imposible realización fáctica²⁴⁸⁴. Máxime, se adiciona, cuando el ordenamiento jurídico ha excluido expresamente la posibilidad de dicha extensión, prohibiendo la concesión de indultos generales que, por consiguiente, elimina la posibilidad de concreción de un canon de igualdad susceptible de ser tomado en consideración.

A dicho argumento se podría agregar que, toda vez que la facultad de indultar se caracteriza por ser una potestad absolutamente discrecional, la distinta valoración de las circunstancias que pueda hacer el Gobierno respecto del que fue condenado con respeto de todas las garantías por la comisión de una conducta delictiva, no puede equipararse con una vulneración de un derecho fundamental²⁴⁸⁵. Es más, aunque más que discutible, ya se ha llegado a aseverar que podría dialécticamente mantenerse que en virtud de esa discrecionalidad sería indiferente, no conculcaría derecho fundamental alguno, que se sometieran dos supuestos análogos ante el poder ejecutivo y que para un caso se concediera el indulto y para el otro se denegase, dado que ese juicio de ponderación responde a un ejercicio de decisión del Gobierno totalmente libre que, a la postre, impide cualquier examen en relación a la potencial vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley²⁴⁸⁶.

Como señalara GARCÍA SAN MARTÍN, es especialmente ilustrativo el ATC de 5 de octubre de 1990. En este supuesto sometido ante el TC no se trata de comparar el criterio utilizado por el Gobierno en dos expedientes en los que dos condenados estén implicados en sendas solicitudes (una de las cuales triunfa y la otra es rechazada), sino en un caso en el que, para el mismo sujeto, le es concedido el indulto (mediante RD 1027/1990, de 27 de julio), habiéndole sido denegado días antes, en virtud de Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de junio de 1990. Como advierte GARCÍA SAN MARTÍN, las circunstancias del sujeto en ese mes no mutaron y el titular de la cartera de Justicia tampoco varió, lo que lo constituye como un «*buen ejemplo de lo que puede entenderse por arbitrariedad del Gobierno en el ejercicio de la gracia*»²⁴⁸⁷ y, añadido, una muestra de la potencial vulneración del art. 14 CE cuando, incluso, se trata de supuestos tan idénticos que son, en realidad, el mismo.

En ese terreno de la discrecionalidad, se podría incluso razonar que, aun cuando se consiguiese acreditar un término de comparación válido, solo cabría pretender la protección del principio de igualdad en el marco de la legalidad (por ejemplo, en relación con la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad²⁴⁸⁸) y toda vez que la figura del indulto no se regiría por parámetros legales o tasados sino que sería una medida puramente discrecional, no podría invocarse una eventual lesión a la igualdad *ante la Ley*, ergo nunca podría ser materialmente posible una contravención del art. 14 CE por una decisión de indulto.

²⁴⁸⁴ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 278-283.

²⁴⁸⁵ ATC de 5 de octubre de 1990: «*como ya se ha indicado, el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que esas decisiones sean fiscalizables sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluyendo este Tribunal Constitucional. Por ello una cosa es la distinta valoración de las circunstancias de un caso que puedan hacer el Gobierno y el afectado, y otra que se estén vulnerando Derechos Fundamentales de quien fue condenado por la realización de un ilícito legalmente tipificado*».

²⁴⁸⁶ STS de 30 de enero de 2014.

²⁴⁸⁷ GARCÍA SAN MARTÍN, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», p. 62, nota 18.

²⁴⁸⁸ ATC de 13 de diciembre de 1985.

Sin necesidad de acudir a una forzada conceptualización del acto del indulto como un acto con valor de ley o con fuerza de ley para permitir la invocación del principio de igualdad²⁴⁸⁹, cabría responder a las anteriores observaciones recordando que el Gobierno, al aplicar la LI, está sujeto a la Constitución, al propio texto legal que regula la figura del indulto y al resto del ordenamiento jurídico (art. 29. 1 Ley 50/1997, de 27 de noviembre). Por ello, el Gobierno no puede alcanzar dos soluciones antagónicas para supuestos idénticos, ni dispensar un tratamiento opuesto a dos supuestos iguales, sujetos ambos a la LI. El art. 14 CE ordena que se proporcione el mismo tratamiento ante igualdad de escenarios y ello incluye la aplicación de la LI por el Gobierno. Por muy discrecional que sea caracterizada la figura del indulto, asumir que ante identidad de supuestos se permite que el Gobierno conceda en un caso el indulto y en otro no, es tanto como respaldar que ya en su configuración raíz el indulto es una institución potencialmente lesiva ya no solo del principio de igualdad ante la ley sino, también, del principio de interdicción de la arbitrariedad²⁴⁹⁰.

Siendo lo anterior así, habrá de plantearse si resulta tolerable defender que, respecto de dos supuestos idénticos, puedan adoptarse por los poderes públicos dos decisiones tan opuestas con efectos directos en la libertad de los sujetos, bajo el solo argumento de que indultar es una decisión discrecional. Habrá de ponderarse si es deseable que la configuración del indulto como institución rogada²⁴⁹¹ junto con la negativa a un derecho a la concesión del beneficio –y la ausencia de la extensión automática a las personas que se encuentren bajo las mismas realidades que el ya indultado– pueda permitir que existan personas aún privadas de libertad –en el caso de que su sentencia condenatoria lleve aparejada pena de prisión– y otras que no lo están gracias a una concesión de indulto, aun cuando sus circunstancias sean materialmente equivalentes²⁴⁹².

La respuesta a las anteriores reflexiones se obtiene de la propia existencia del principio de igualdad ante la Ley previsto en el art. 14 CE que, para estos casos, no debe ceder ante una decisión discrecional del poder público, por mucha discrecionalidad que pudiera ser permitida

²⁴⁸⁹ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 234-247; mismo autor, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo», pp. 314-315; mismo autor, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 914-915.

En contra de dicha elaboración, VILLARINO MARZO, «El indulto en España», pp. 90-91; ZAGREBELSKY, *Amnistía, indulto e grazia*, pp. 211-213.

²⁴⁹⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 10: «Este tipo de medidas de gracia (...) 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 (...). 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»; VILLARINO MARZO, «El indulto en España», p. 88.

²⁴⁹¹ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 77-79, 81, 204-205: «Téngase presente, porque es muy de tener en cuenta, que el derecho de gracia no se ejerce sino a petición de parte, y cuando ésta no sabe, no puede o no quiere pedir, la gracia, aunque se merezca, no se recibe» (p. 77); «La acción del jefe del Estado en este caso no es espontánea y general, como es indispensable que sea la administración de justicia, sino excepcional y requerida por los pocos que hallan medios de implorarla» (p. 79).

²⁴⁹² SALAS CARCELLER, «El derecho de gracia», en *El Mundo*, 9 de enero de 2014: «Aunque el artículo 14 de la Constitución Española proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley, resulta que, por decisión política “del Gobierno”, unos cumplirán sus condenas y otros no. ¿Lo queremos así? Pues esa es la consecuencia del indulto».

y por muchas dificultades de realización, desde un plano meramente fáctico, que pudieran preliminarmente apuntarse²⁴⁹³.

Toda vez que la institución del indulto es una figura paradigmáticamente infrainclusiva, su ejercicio puede suponer una excepción al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE.

6.5. El indulto como excepción del Estado de Derecho

Si se asume que el sistema en el que nos encontramos inmersos es un Estado de Derecho²⁴⁹⁴ donde, ante la concurrencia de un supuesto de hecho previsto normativamente ha de aplicarse la consecuencia jurídica que lleve aparejada; en un Estado donde el ordenamiento jurídico, comenzando por el texto constitucional, ha de ser cumplido, en primer término, por los propios poderes públicos que conforman la organización de aquél (art. 9. 1 CE), entonces cualquier desviación discrecional de los poderes públicos del recto cumplimiento de lo dispuesto por las normas y la inaplicación de las consecuencias jurídicas que a ellas se anudan, supone una fuente de distorsión en un Estado de Derecho²⁴⁹⁵.

Aceptando dichas premisas se ha llegado a apuntar que la figura del indulto es una institución que se rige por la excepcionalidad en el Estado de Derecho²⁴⁹⁶ y, por tanto, amenaza con erosionar el propio sistema democrático de Derecho²⁴⁹⁷. Además, y toda vez que su utilización se erige como una auténtica anomalía a la conclusión de un proceso penal seguido contra todas las garantías²⁴⁹⁸, se le ha llegado a calificar, desde esta perspectiva, como «*institución anormal*»²⁴⁹⁹ o atípica²⁵⁰⁰. Voces más críticas y contundentes han afirmado directamente la

²⁴⁹³ MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, pp. 147-148.

²⁴⁹⁴ En el Informe «El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos» emitido por el Secretario General de las Naciones Unidas el 3 de agosto de 2004 (S/2004/616), p. 5, se define como: «*un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal*».

²⁴⁹⁵ AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 53 subraya el complicado encaje del indulto no solo en el Estado de Derecho sino en el Estado *constitucional* de Derecho; GARCÍA SEDANO, «El indulto», p. 1.

²⁴⁹⁶ DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 40; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1049: «*El indulto, desprovisto de cualquier clase de freno o control –tal como hoy se articula–, constituye un instrumento claramente anacrónico e incompatible con los principios de un Estado de Derecho*»; ORTEGO PÉREZ, «El indulto controversias de su ejercicio y necesidad de reforma», pp. 13-14, cuestiona su actual encaje en un Estado de Derecho; SERRANO MAÍLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», p. 610, apunta a su poca justificación en un Estado democrático.

²⁴⁹⁷ GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, p. 85.

En contra, LINDE PANIAGUA, «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995», p. 1415; CAMPAGNA, «Gibt es ein Recht auf Begnadigung?», p. 402: «*Die Gnade ist ein Instrument zur Vervollkommung des Rechtsstaats*».

²⁴⁹⁸ STS de 6 de junio de 2014. Cfr. STC alemán de 20 de octubre de 1977.

²⁴⁹⁹ CUGAT MAURI, «Artículo 130», pp. 1000-1001; GALÁN CÁCERES, «El indulto como acto discrecional del gobierno y su control jurisdiccional (Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2013)», p. 175, deduce de la

incompatibilidad de la actual institución del indulto con el orden propio de un Estado de Derecho²⁵⁰¹; otras, más templadas, se han limitado a sugerir la necesaria cautela en la interpretación de las normas que pautan su ejercicio, la necesidad de que se modere su utilización y la exigencia de que se desarrolle una atenta observación sobre su empleo²⁵⁰².

La anterior observación vendría a pretender contrarrestarse con el argumento de que se trata de una prerrogativa esencialmente excepcional²⁵⁰³, de utilización extraordinaria²⁵⁰⁴ –aunque la cifra de otorgamientos y, en ocasiones, su abyecto empleo no lo respalde²⁵⁰⁵, que sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional de Derecho, sujetándose al principio de legalidad. En teoría, se aduce, el indulto no debe emplearse como una institución normalizada; la necesidad de su utilización se representa solo ante casos excepcionales y, por consiguiente, la propia figura queda caracterizada por dicha nota extraordinaria²⁵⁰⁶.

Sin embargo, debe apuntarse que en 20 años (desde 1996 a 2016) se han concedido más de 10.500 indultos, según las cifras proporcionadas por el proyecto El Indultómetro, de la

STS de 20 de noviembre de 2013: «en la sentencia se califica el indulto como algo anormal y atípico en un Estado democrático y de derecho»; QUERALT JIMÉNEZ, «El indulto es un premio»; MAGRO SERVET, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», p. 40; SARAT, *Mercy on trial*, p. 158.

²⁵⁰⁰ ATS de 18 de enero de 2001: «El derecho de gracia, supone una potestad extraordinaria de intervención de un Poder estatal en el ámbito de competencia de otro, el Judicial, único al que corresponde, por Constitución y por ley, “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (art. 117 CE y 2,1 LOPJ). Por eso, el indulto es un acto con rasgos de atipicidad en el marco del Estado constitucional de derecho. En todo caso se trata de una prerrogativa sujeta a la ley y corresponde al Poder Judicial velar por la efectividad de esa sujeción, precisamente porque comporta cierta derogación del principio de generalidad de la ley penal y de los de independencia y exclusividad de la jurisdicción. Una vez constitucionalmente admitido, su uso está rodeado de cautelas, con objeto de procurar que esos efectos se produzcan del modo que resulte menos perturbador para la normalidad del orden jurídico».

En este sentido, GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», p. 86.

²⁵⁰¹ SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», p. 104.

²⁵⁰² AGUADO RENEDO, «Derecho de gracia», p. 63; DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», p. 26; mismos autores, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», p. 50; FRAILE ORTIZ, «Reseña», p. 511; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, pp. 58-59; GILL PASCUAL, «Artículo 130», pp. 1090-1091; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», p. 248; RUBIO LLORENTE, «Quizás España no vaya tan bien», en *El País*, 25 de octubre de 1999: «Para hacer conciliable la existencia del derecho de gracia con la idea de Estado de Derecho, en particular con el principio de igualdad ante la ley, cosa nada fácil, hay que interpretar de manera muy restrictiva las normas que autorizan y regulan el ejercicio de este derecho»; SEGARRA CRESPO, «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad», p. 9; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 4-5, 65.

²⁵⁰³ URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia?», p. 2904; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 34-35, 42-43.

²⁵⁰⁴ CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, p. 425, § 709; DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», pp. 1180-1181; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 368-369. En contra, BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency», p. 15; RUCKMAN, Jr., «Seasonal Clemency Revisited: An Empirical Analysis», p. 21.

²⁵⁰⁵ DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión», p. 43; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», p. 377; VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», (13:26).

²⁵⁰⁶ BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht*, pp. 80-81; DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, pp. 259-264, 259, 368, 546, 602; mismo autor, «Die Gnade als Symbol», p. 362; Por ejemplo, en Austria, HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», p. 418, consigna –sin computar los llamados «indultos navideños»– una tasa anual de 300 a 400, llegando en algún año (1983, 1984, 1996 y 1999) a sobrepasar las 1.000 concesiones; RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», pp. 577, 606, a favor de su mantenimiento, critica la habitualidad de su empleo y la sistematización que se ha asumido de su uso.

Fundación Civio²⁵⁰⁷. Por ello, algún autor propone recordar la necesaria subsidiariedad de la institución, dentro de las medidas que se señalan para mejorar la práctica de la institución²⁵⁰⁸. La extensión de su empleo no se reduce a una práctica exclusivamente nacional, ni actual²⁵⁰⁹.

Toda vez que la propia Constitución –desde la datada en 1812²⁵¹⁰– establece en su art. 62. i. CE que su ejercicio debe acometerse «con arreglo a la ley», el principio de legalidad se erige entonces como límite-garantía²⁵¹¹, pero también como presupuesto habilitante²⁵¹² y, en definitiva, permitiría su encaje en el Estado de Derecho²⁵¹³.

²⁵⁰⁷ BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, p. 45, calcula la concesión de un total de 18.833, entre 1975 y 2014; DE CÓZAR PALMA/CEBERIO BELAZA, «468 indultos en 11 meses de Rajoy»; DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO et al., «Las concesiones de indultos en España», p. 11, determinaron la concesión de 4.667 entre 2000 y 2008; MUÑOZ BLANCO, *El indulto en España*, pp. 16-18, 23, 26, 38, valorando los indultos concedidos entre 2000 y 2012, sobre la contradicción existente entre la práctica del indulto y su concepción como institución excepcional: «*Demasiados indultos concedidos para tratarse de una medida de gracia y con carácter excepcional*» (p. 23); PINEDA, «Derecho de gracia o indulto», p. 38, estima que el empleo real del indulto dista de ser residual, puesto que en el año que analiza (1996) se concedieron 526 indultos.

²⁵⁰⁸ ABEL SOUTO, «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal», p. 3.

²⁵⁰⁹ FERRI, *Sociología criminal*, p. 829; NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», p. 233; MOORE, K. D., *Pardons*, p. 53; WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 169, 183.

Sin embargo, CID/TÉBAR, «Spain», pp. 358-359, asumen que se utiliza raramente, lo que denota la relatividad de parámetros de valoración.

²⁵¹⁰ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas»; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, p. 38; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1455; MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», p. 310; RUIZ y RODRÍGUEZ, *Tratado general de procedimientos criminales*, p. xxxiv.

El art. 171, 13ª de aquel texto constitucional rezaba: «*Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: (...) 13ª Indultar á los delinquentes con arreglo á las leyes*». El Estatuto Real de 1834, no es que omitiera cualquier referencia a dicha sujeción legal (como apunta REQUEJO PAGÉS, «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», p. 88), sino que omitió cualquier referencia a la figura del indulto y su ejercicio, centrándose en la composición de las Cortes Generales del Reino por los Próceres y los Procuradores. Ulteriormente dicha sumisión al texto de la ley recogida en 1812 como facultad fue trasladada al art. 47. 3ª de la Constitución de 1837 como prerrogativa real: «*Además de las prerrogativas que la Constitución señala al Rey, le corresponde: (...) 3ª Indultar á los delinquentes con arreglo á las leyes*».

AGUADO RENEDO, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo», pp. 282-283, aclara atinadamente que la sujeción a la ley no se limita a la LI, sino que comprende el CP o la LOPJ; CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», pp. 43, 49, 51, lo relacionan con el art. 103. 1 CE, con el antiguo art. 3. 1 LRJPAC, con el CP y con la LI; GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, p. 56, apunta también a la necesidad de ajustarse a la antigua LRJPAC.

Vid. MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, p. 21, sobre el trasvase de los límites que constreñían la práctica en la monarquía absoluta a las monarquías representativas, en la cláusula de su ejercicio «*con arreglo a la ley*».

²⁵¹¹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», p. 263.

²⁵¹² STS de 20 de febrero de 2013: «*La prerrogativa de indulto supone una intromisión del poder ejecutivo en los resultados de un proceso penal, seguido con todas las garantías y en el que se ha impuesto por los Tribunales la consecuencia (pena) prevista en la Ley para quien ha cometido un delito. La gracia del indulto (...) es una prerrogativa excepcional que sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma como Estado de Derecho, sujetándose al principio de legalidad, con lo que ello supone de límite pero también de presupuesto habilitante. Así lo ha querido la Constitución de 1978, y así lo han querido todas las constituciones anteriores desde la de 1812, al incorporar todas ellas el mandato de que el indulto se otorgue siempre con arreglo a la Ley*».

²⁵¹³ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 122-123, 177-179, defiende el proceso de democratización de la gracia al sujetarla a la ley (reserva a la ley, susceptible de configuración por los representantes del pueblo) y su sujeción a los límites expresos que

Con dicha redacción se supera una regulación en el que se concedía competencia para otorgar el perdón de forma completa e ilimitada, como ocurría con el art. Sexto de la Ley Orgánica del Estado núm. 1/1967, de 10 de enero (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1967) que atribuía genéricamente –ergo, sin mayor restricción– el ejercicio de la prerrogativa de gracia al Jefe del Estado; o como actualmente sucede con el art. 89. c) de la Constitución de la Federación de Rusia.

Sin embargo, si se parte de la inalterable premisa de que la figura del indulto no es indiferente a la ley, debe acatar ésta y, ante todo, el texto constitucional²⁵¹⁴, entonces ha de concluirse que sus eventuales desviaciones no son ajenas a una fiscalización que, en nuestra opinión, debe abarcar indiscutiblemente el control judicial²⁵¹⁵ y la que pudiera acometer el Tribunal Constitucional. Como ya se sugirió al tratar las fricciones que la institución generaba respecto del art. 9. 3 CE, dada la naturaleza del indulto, la clave está entonces en valorar cuáles son los parámetros de fiscalización permitidos y hasta dónde debe llegar el control sobre la potencial extralimitación respecto de las atribuciones contempladas en la Constitución y la Ley.

En atención a ello y como conclusión, dejando al margen las inherentes fricciones que la figura ocasiona respecto de los principios de separación o división de poderes, de cosa juzgada, de seguridad jurídica y de legalidad, irresolubles dada la configuración y los efectos de la institución, para que el indulto fuera compatible con las pautas configuradoras de un Estado de Derecho sin suponer una anomalía, una excepcionalidad constante, habría de desnaturalizarse²⁵¹⁶. Se habría de transformar en una institución reglada, no dependiente de la discrecionalidad libérrima del poder otorgante, debería estar sometida a fiscalización desde el plano legal y constitucional (obviamente también respecto del principio de igualdad) y la necesidad de su motivación, para evitar la arbitrariedad, sería ineludible.

Esa obligada desnaturalización hipotética, junto con los profundos e inevitables desequilibrios sistémicos que genera, demuestran que el indulto, como institución, representa una excepción en el seno de un Estado de Derecho.

La figura del indulto se erige como una excepción dentro del Estado de Derecho.

establece la Constitución (como el arts. 87. 3, 102. 3 CE o la reserva de ley orgánica); OSTOS MOTA, «El indulto», p. 1068; PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», p. 56, sobre la remisión a la ley como elemento indispensable para adaptar el indulto al Estado constitucional actual; PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 33-36, 41, 42, 47, 67, apuntan a que, al menos parcialmente, habría de ser orgánica.

En contra, por considerarlo insuficiente, DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 820.

²⁵¹⁴ KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 599, 619; MOORE, K. D., *Pardons*, pp. 64-65.

²⁵¹⁵ Vid. sentencia del Tribunal Supremo indio de 11 de octubre de 2006, caso Epuru Sudhakar & Anr contra Govt. Of A.P. & Ors, (INSC 638) (<http://www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/2006/638.html>, consultada el 11 de agosto de 2016).

En contra, la interesante postura de MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, pp. 82-83, quien defiende que una exclusión de control judicial de los indultos no debilitaría el Estado de Derecho: «Denn Rechtsstaat und Richterstaat sind nicht identisch, und die Richter sind weder die einzigen Garanten des Rechtsstaats, noch ist der Weg zu den Gerichten die Einbahnstraße der Rechtsschutzgewährung (...). Als Rechtsschutzmöglichkeiten de constitutione lata verbleiben die Selbstkontrolle der Exekutive, insbesondere im Falle der Delegation von Gnadenbefugnissen, die parlamentarische Verantwortung, staatsgerichtliche, ja selbst strafgerichtliche Anklagen».

²⁵¹⁶ SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», p. 104.

6.6. Conclusiones sobre las fricciones generadas por la figura del indulto

En los anteriores apartados se ha confirmado cómo, en una primera etapa de análisis, el indulto produce una serie de desequilibrios en relación a los principios basales de un Estado de Derecho. Corroborada la anterior premisa y siguiendo la metodología preestablecida, me centraré en analizar la posibilidad de aplicar sendas propuestas de mejora respecto de cada desviación identificada para valorar, definitivamente, la situación resultante del examen de las inestabilidades en su conjunto.

Este último apartado nos servirá para cerrar el círculo, iniciado justamente con el primer apartado de nuestra investigación en el que, al justificar la oportunidad de nuestro análisis, advertíamos las múltiples propuestas de reforma que se han planteado en los últimos tiempos dirigidas a minorar o eliminar las perturbaciones que el ejercicio del indulto acarrea.

6.6.1. Las propuestas sugeridas en relación con el principio de separación o división de poderes y de cosa juzgada

Primeramente, en el examen acometido se ha verificado que el indulto se erige como una excepción a los principios de separación o división de poderes y de cosa juzgada. Para remediar este reproche se ha sugerido la posibilidad, no pacífica²⁵¹⁷, de que la facultad de indultar se extirpe de las competencias del poder ejecutivo y se haga residir, mediante transferencia, en otro órgano que, de contarse la del indulto entre sus atribuciones, no genere tal tensión estructural²⁵¹⁸.

Las propuestas diseñadas han sido diversas, en función del órgano de destino, dada la flexibilidad que permite la práctica del indulto²⁵¹⁹:

- (i) el poder judicial, siguiendo la vía seguida por el ya transcrito art. 102 de nuestra CE de 1931²⁵²⁰;

²⁵¹⁷ LÓPEZ AGUILAR, «Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia», pp. 333-336, 341-342, sobre la negativa a trasladar la facultad de indultar a otro órgano, por ejemplo, al CGPJ, dado que dicho Consejo no puede constituirse en centro de imputación del refrendo de actos del Jefe del Estado y toda vez que dicho reacondicionamiento de funciones sería difícilmente compatible con la CE. Sin embargo, PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», p. 31, no descartan el redireccionamiento a las Cortes Generales o al CGPJ.

²⁵¹⁸ CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 136-137, incide en la necesidad de que el Parlamento establezca un régimen jurídico para el otorgamiento de la gracia distinto del actual, para que se supere el atentado contra la separación de poderes.

²⁵¹⁹ Vid. NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 65-81, 83-85, 189-194, desarrolla pormenorizadamente distintas configuraciones constitucionales y los diversos modelos existentes en la actualidad en relación con el poder de perdonar (poder ejecutivo a solas, con la ayuda de un ministro asignado, con un gabinete, con un órgano consultivo general, con una comisión de perdón consultiva, bajo recomendación de una comisión de clemencia, una comisión a solas o el ejecutivo junto con el poder legislativo), con la posibilidad de bifurcar el poder de perdón. También, ANCEL, *Capital Punishment*, pp. 26-27.

²⁵²⁰ Art. 102 CE de 1931: «(...) *El Tribunal Supremo otorgará los [indultos] individuales a propuesta del sentenciador, del fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte. En los delitos de extrema gravedad, podrá indultar el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable*».

En este sentido, el Proyecto de reforma constitucional presentado en Chile el 13 de diciembre de 2007, por el que se pretendía la derogación de la facultad presidencial de otorgar indultos particulares (especialmente, puntos 6 y 7) a favor de un indulto emitido por el Pleno de la Corte Suprema –Boletín núm. 5561/2007–.

- (ii) comisiones uni o multidisciplinarias establecidas al efecto²⁵²¹ (en la línea trazada por Perú²⁵²² o antiguamente en Saarland²⁵²³, si los informes emitidos por la

CID CEBRIÁN, «Posibilidad de pacificación social en el final de ETA», p. 75; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 136-138, 182-183, si bien relativiza la importancia, de establecerse vinculación a los informes emitidos por los órganos judiciales; LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 41, 74-75, 108; mismo autor, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización», pp. 162, 168, sin embargo, advierte que una ley que judicializara el indulto podría ser objeto de recurso de inconstitucionalidad; mismo autor, «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995», pp. 1424-1425, aun cuando reitera su apoyo a la judicialización del indulto, apunta a que en la historia del constitucionalismo los jueces nunca ostentaron la facultad de administrar clemencia; ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», pp. 499, 500, 510-512, propone un sugerente modelo de judicialización del indulto (en la fase de aplicación con un régimen similar a la suspensión condicional de la pena y en la fase de ejecución con un sistema equivalente a la libertad condicional), tras efectuar las reformas pertinentes que acojan otras fórmulas individualizadoras (puesto que, según dicho autor, de conseguirse el efecto parangonable al del indulto a su través, éste ya no tendría razón de ser –p. 511–). Alternativa apuntada pero no acogida, por ejemplo, por FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», p. 271; LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», pp. 1042-1043; o PERANDONES, «El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», p. 3; insinuada por RUIZ ROBLEDO, «Indultos inconstitucionales», p. 1; discretamente señalada, MADRID PÉREZ, «El indulto como excepción», p. 132.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», p. 271, apuesta por seguir las ideas propuestas por KOBIL (vid. nota al pie 2520) y dividir los órganos competentes en función de la razón que aconsejase su adopción: (i) si se pretende cubrir razones de equidad, debería hacerse residir la competencia en una instancia judicial; y (ii) si su dictado fuera aconsejado por razones de utilidad u oportunidad, se asignaría a una instancia gubernamental. Esta es una propuesta cercana a la defendida por ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, pp. 22-24, 45-46, 47, quien diferencia: el empleo del indulto como suplemento de justicia (en cuyo caso la decisión se debería designar a una comisión o «*Corte Suprema della giustizia*»); el empleo del indulto por motivación estrictamente política (a decidir por el poder político); y el indulto como mecanismo a emplear cuando el condenado ya haya alcanzado su resocialización (a decidir por el magistrado encargado de la ejecución de la pena).

Si bien GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 210, 232-237, 261, no aboga por trasladar la competencia al órgano judicial, sí que relega la actuación del Gobierno cuando la razón que motive la solicitud de indulto sea la pena excesiva, si el órgano jurisdiccional competente acogiera tal argumento y, en este sentido, para el caso de que el Gobierno rechazase un indulto solicitado por la autoridad judicial, «*debería razonar de forma motivada cuáles son los intereses generales en juego cuya defensa permitirá destruir la apreciación judicial*».

Expresamente en contra del traslado de competencia al poder judicial, BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», p. 24; NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», p. 1317; MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, pp. 29-30, basándose en la involución que ello pudiera representar.

²⁵²¹ BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency», pp. 1, 3, 5-6, 18-25, abogan por la creación de una comisión multidisciplinar (p. 21) e independiente que se desvincule de la figura del presidente (y de la persona que ostente ese cargo) y cuyo funcionamiento se base en la uniformidad de la aplicación de la justicia; KRASCHUTZKI, «Begnadigung», p. 227; KOBIL, «The quality of mercy strained», pp. 622-623, 632, defiende una comisión (compuesta por representantes de los ciudadanos, víctimas del delito, y quizá filósofos y clérigos, lo más diversa filosófica, social y profesionalmente posible) que absorbería las decisiones basadas en la justicia, dejando al ejecutivo las decisiones neutras para la justicia; RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy», p. 831; RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», p. 41; SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», p. 104; TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 531-536. HAASE, «"Oh my darling clemency"», pp. 1302-1303, 1306-1307, concluye que no sería factible en Estados Unidos de América la potencial creación del Clemency Review Board, por la imposibilidad de constreñir la amplia facultad otorgada al presidente.

Vid. NOVAK, *Comparative executive clemency*, pp. 120-138, sobre los distintos tipos de comisiones de perdón en sistemas de *common law*.

²⁵²² Art. 4 y 5 del Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales, aprobado el 13 de julio de 2010 en Lima, en virtud de Resolución Ministerial núm. 162-2010-JUS, en el que se prevé el establecimiento de una

denominada Comisión de Gracias Presidenciales o la Comisión para asuntos de gracia, respectivamente, supusieran la decisión sobre el indulto *per se* y no meras referencias no vinculantes²⁵²⁴);

- (iii) el Jefe del Estado, configurándolo como *poder neutro*²⁵²⁵;
- (iv) el Parlamento²⁵²⁶, siguiendo el modelo suizo (arts. 157. 1. c y 173. 1. k de la Constitución de la Confederación Suiza) o cubano [arts. 89, 90. II) y 91 de la Constitución de la República de Cuba]²⁵²⁷; u
- (v) otros, en función de la idiosincrasia procesal y orgánica del Estado en cuyo seno se bosqueja la idea²⁵²⁸.

Las propuestas que pretenden trasladar la competencia de otorgamiento de indultos al poder judicial para que dicha figura no se interpretara como una desautorización del ejecutivo respecto de una decisión previamente adoptada y, en su caso, confirmada por los Jueces y Tribunales, no serían susceptibles de ser acogidas, por su inadecuación.

En primer lugar, porque si lo que se defiende es que la figura de indulto sirva para ajustar la justicia material y la formal, como se adelantó y se tuvo ocasión de comprobar, el poder judicial ya dispone de las vías necesarias, más ajustadas y solventes que la figura del perdón para producir dicho acoplamiento (interpretación, individualización, planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad o recursos –incluido el de revisión–).

En segundo lugar, porque, aunque no se dudaría de la imparcialidad del poder judicial al acometer dicha tarea, intuyo que no serían pocos los aprensivos que asumirían entonces, erradamente, que el indulto equivale a una corrección de la sentencia previamente dictada y

comisión multisectorial conformada por cinco miembros de los cuales cuatro son designados por el Ministerio de Justicia y el último, en representación del Despacho Presidencial.

²⁵²³ El § 3 de la Verordnung über die Ausübung des Gnadenrechts de 1948, preveía la emisión de un informe de la Kommission für Gnadensachen, eliminada en la actual Saarländisches Gnadengesetz, vigente desde 1994.

²⁵²⁴ Tal y como sucede actualmente en virtud del art. 23 *in fine* del Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales de Perú: «La propuesta que formula la Comisión no vincula al Presidente de la República, ni la opinión desfavorable o la ausencia de opinión impiden su concesión, con arreglo a la Constitución Política del Perú».

²⁵²⁵ Según el modelo germano actual, para aquellos indultos sobre los que tiene competencia el Presidente de la República Federal de Alemania (art. 60. 2 Constitución alemana). Cfr. PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», pp. 91-92; SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 18-24, 120-122.

²⁵²⁶ ABEL SOUTO, «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal», pp. 3, 5; SEGARRA CRESPO, «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad», pp. 9-11, sigue la propuesta de ABEL SOUTO.

²⁵²⁷ LEGARDA URIARTE, portavoz del Grupo Parlamentario del PNV, en la discusión con motivo de la oposición de Ley de reforma de la Ley de 18 de junio de 1870 de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto presentada el 1 de agosto de 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Pleno y Diputación Permanente, núm. 29, sesión plenaria núm. 27, de 14 de febrero de 2017, p. 13), aboga por que al menos la concesión de determinados indultos requiera debate parlamentario previo; NIEVA FENOLL, «Proceso penal y delitos de corrupción», p. 19, a favor de dicho trasvase, si bien destaca, como desventaja, su politización. Por este motivo, contrarios, MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, pp. 21-22; y ORLANDO, *Principii di Diritto Costituzionale*, pp. 221-222, § 289.

²⁵²⁸ HAASE, «"Oh my darling clemency"», pp. 1287, 1304-1306, incide en reforzar las funciones del senado estadounidense; WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, p. 401, defiende otorgar un papel predominante al Ministerio Público en Alemania, debido a su especial posición y funciones en la fase de ejecución de la sentencia.

supondrían cierto grado de gremialismo proteccionista que obstaculizaría la concesión. Dichos escépticos harían suyo el refrán que dicta que «no se puede ser juez y parte» para desautorizar aquellas decisiones denegatorias del indulto, lo que no auxiliaría a remover suspicacias.

Adicionalmente, dicha propuesta no resolvería en modo alguno la intromisión del indulto en las competencias propias del poder legislativo, que seguirían menoscabadas.

Precisamente este último argumento impediría, igualmente, aclamar la alternativa basada en una comisión *ad hoc* multiorgánica que estudiase los expedientes de indulto y decidiera sobre ellos. Si bien esta atractiva propuesta neutralizaría los reproches respecto del poder judicial de incorporar a un miembro de éste como parte integrante de dicho hipotético cuerpo decisor, sería fácticamente imposible replicar en dicha comisión una representación fiel del poder legislativo, cuyas competencias también interfiere y solivianta la institución del indulto.

Centrándonos en nuestro sistema jurídico y avistando el modelo germano, otra propuesta diametralmente opuesta sería convertir la potestad de indultar en una prerrogativa propia y exclusiva del Rey desde el plano formal y también material, respecto de la que se anulase cualquier función del poder ejecutivo²⁵²⁹. De acogerse una visión en la que se defendiera a la figura real como una verdadera autoridad neutra, superior y controladora del equilibrio de los tres poderes, podría sostenerse que la facultad de indultar residiera materialmente en su figura, lo que soslayaría cualquier reproche respecto del principio de separación o división de poderes²⁵³⁰. El Jefe del Estado, desde su posición simbólica –«*super o extra legem*»²⁵³¹–, podría asumir dicho poder²⁵³².

²⁵²⁹ BOURGET, «Entre amnistía e imprescriptible», pp. 50-51, destaca que ello sería así porque la figura del Jefe del Estado, «a un nivel tan elevado», simbolizaría «a toda la sociedad».

²⁵³⁰ En este sentido se dirige la propuesta de SALAS CARCELLER, «El derecho de gracia», en *El Mundo*, 9 de enero de 2014, quien defiende que sea el Jefe del Estado el que sancione lo que el órgano enjuiciador propone, dudando de la constitucionalidad de la LI: «*Precisamente para evitar la confrontación entre poderes y la pernicioso intromisión del Ejecutivo en el Judicial, ni la Constitución, ni la Ley 50/1997, reguladora del Gobierno, ni la del Indulto de 18 de junio de 1870, ni ninguna otra –al menos que yo sepa– atribuyen al Gobierno el ejercicio del derecho de gracia; y no cabe duda de que en este caso el “ejercicio” está integrado en la propia decisión. (...) Mi posición es favorable a una reforma de la Ley del Indulto en virtud de la cual dicha medida deje de ser lo que hoy es y pase a significar la ratificación por el Jefe del Estado de una propuesta del propio tribunal sentenciador para sustituir o eliminar la pena (...). Se trataría de una sanción por el Rey, única autoridad constitucionalmente facultada para ello, de una propuesta nacida de la propia Administración de Justicia –que mantendría así su total independencia respecto de los demás poderes– (...). La atribución al Rey del derecho de gracia se explica porque es el único órgano que sigue ostentando constitucionalmente “en posición” la condición de vértice de los tres poderes en nuestro Estado Social y democrático de derecho. “La justicia...se administra en nombre del Rey” y la interferencia que un indulto singular crea en las funciones constitucionales que tienen atribuidas hoy en forma exclusiva los tribunales del orden penal puede explicarse sólo si es el Rey quien perdona la pena. Menguar la intervención formal del Rey y predicar el indulto como potestad sustancial del Gobierno nos conduciría, en forma irremisible, a cuestionar si sigue siendo constitucional el sistema establecido en la Ley de 18 de junio de 1870 (...). Estaríamos así abocados al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la vieja Ley de 1870*». En este sentido, SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts*, pp. 120-122.

²⁵³¹ GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», pp. 901-902.

²⁵³² DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol», pp. 369-373, defiende al Jefe del Estado como la institución que personaliza el Estado, caracterizado por una posición especial, neutral y simbólica (*poder neutro*) que refuerza, según dicho autor, que sea el competente para adoptar las decisiones de indulto ante la relativización de la separación de poderes.

Sin embargo, dicha hipótesis no solo supondría una involución histórica y un refortalecimiento de sistemas estructurales autoritarios²⁵³³, sino que desatendería nuestra configuración constitucional estructural basada no solo en un sistema de monarquía parlamentaria en la que la soberanía nacional reside en el pueblo (art. 1 CE) sino en la ineludible necesidad de refrendo de la actuación del Rey, so riesgo de carecer de validez el acto, como el necesario contrapeso a su irresponsabilidad (arts. 56. 3 y 64 CE)²⁵³⁴.

En definitiva, se comprueba cómo las formulaciones ensayadas para trasladar la competencia de indulto a otros órganos –dejando al margen su asunción por el Parlamento, que luego examinaremos– han de ser descartadas al no hallarse ninguna que, además de constitucionalmente aceptable, compatibilice dicha figura con el principio de separación o división de poderes.

| | | |
|--|---|--|
| Principio de separación o división de poderes | Trasladar la facultad, extirpándola del poder ejecutivo (poder judicial, comisión, Rey) | No es posible formular una propuesta satisfactoria |
|--|---|--|

Otro tanto ocurre con el principio de cosa juzgada, respecto del que el indulto también se instituye como excepción²⁵³⁵. El indulto modifica una sentencia dictada con carácter firme, por lo que el acoplamiento de dicha institución con aquella máxima es irreconciliable.

Sin embargo, podría argüirse a favor de la utilización del indulto que dicho efecto no se predicaría exclusivamente de esta figura dado que no es la única que muta una sentencia firme. También el recurso de revisión conlleva que el principio de cosa juzgada ceda, en supuestos tasados, en favor de la justicia material²⁵³⁶.

Precisamente por esta razón, ya anticipé que el argumento que se empleaba para tratar de conciliar el indulto y el principio de cosa juzgada era que aquél suponía una corrección de la sentencia²⁵³⁷, como si de un recurso de revisión se tratara.

No obstante, sin perjuicio de recordar que al indulto no siempre se le asigna tal función, si el pronunciamiento judicial contuviera un yerro, si, por ejemplo, se hubiera condenado a una persona inocente o se le hubiera impuesto una pena más grave de la que le corresponde, no es la figura del indulto la que debe intervenir correctivamente sino el sistema de recursos y, en último término, el recurso de revisión. Obviamente el principio de cosa juzgada no es absoluto, no prevalece ante cualquier circunstancia. Ante el valor *justicia*, cede conforme a lo dispuesto

²⁵³³ MURILLO DE LA CUEVA en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», p. 46; NOVAK, *Comparative executive clemency*, p. 12.

²⁵³⁴ PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno», pp. 30-32, sobre la imposibilidad de considerar al art. 64 CE como título de atribución de competencias materiales; SERRANO MAÍLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos?», p. 609.

²⁵³⁵ QUERALT JIMÉNEZ, «¿No habrá más indultos para los corruptos?».

²⁵³⁶ STS de 15 de diciembre de 2016.

RUIZ y RODRÍGUEZ, *Tratado general de procedimientos criminales*, pp. xxix-xxxi.

²⁵³⁷ Vid. *el subepígrafe 6.1. El indulto como excepción al principio de separación o división de poderes y al principio de cosa juzgada*.

en el art. 954 LECrim. Para el resto de supuestos se ha optado por no excepcionarlo, prevaleciendo entonces aquel principio.

Consecuentemente, se constata la imposibilidad de compatibilizar la figura del indulto y el principio de cosa juzgada porque cuando, por las circunstancias adyacentes, deba ceder este último, deberá deberse al empleo del recurso de revisión; y en el resto de escenarios, que dicho principio sucumba carece de un respaldo basado en aquel efecto correctivo, que es precisamente el que se alude como presupuesto habilitante, íntegramente absorbido por el recurso de revisión.

| | | |
|---------------------------|--|---|
| Principio de cosa juzgada | Irreconciliable, salvo comprender al indulto como correctivo de sentencia errada | En estos escenarios: Aplicación del sistema de recursos y recurso de revisión En el resto: No conciliable |
|---------------------------|--|---|

6.6.2. El imposible acomodo del indulto en relación con el principio de seguridad jurídica y de legalidad de los delitos y de las penas

El segundo bloque de estudio examinaba la figura del indulto y su interacción con los principios de seguridad jurídica y de legalidad de los delitos y de las penas. No es necesario gran desgaste dialéctico para advertir que, por los efectos que provoca la concesión de un indulto, dicha institución siempre se opondrá a aquéllos. Siendo ello así, no resulta posible exponer ninguna propuesta que permita compatibilizar ambos, por una cuestión meramente ontológica.

| | | |
|--|-----------------------------|----------------------------------|
| Principio de seguridad jurídica | Por los efectos que produce | Ontológicamente irreconciliables |
| Principio de legalidad de los delitos y de las penas | | |

6.6.3. Las propuestas sugeridas en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad

El tercer punto de análisis se refería al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En él se concluía la necesidad de que la decisión sobre el indulto (denegación o concesión) quedara debidamente motivada y fuera susceptible de control judicial y de fiscalización por parte del Tribunal Constitucional en lo que a éste afectaba, para hacer compatible el ejercicio de aquél con el referido mandato de proscripción de que los poderes públicos actúen arbitrariamente. No se trata, por tanto, de un escenario irreconciliable, sino que es positivamente susceptible de mejora a través de la revisión de la

configuración legal dada a la figura en dichos términos. Mediante la introducción de un deber expreso de motivar devendría innecesario que a través de la interpretación dada por los pronunciamientos judiciales se supliese un déficit de imperativa resolución legal.

Recordemos, no obstante, que respecto de la necesidad de exteriorizar las razones justificativas de la decisión se oponían dos pretextos: su incidencia contraproducente para los efectos resocializadores del beneficiado²⁵³⁸ y la ocultación de las razones que debían mantenerse en secreto por la propia naturaleza reservada de la materia²⁵³⁹.

Empezando por esta última cuestión, como ya se advirtió al analizar los distintos usos dados a la figura del indulto en relación a las motivaciones militares, electorales o políticas, el único empleo que resulta sostenible, dentro de este conjunto de finalidades, se relaciona con alcanzar la paz social y la concordia y, por consiguiente, nada obsta para que se exteriorice su empleo, en un ejercicio de transparencia y de responsabilidad de Estado. Por la excepcionalidad del marco en el seno del cual podría ser empleada la figura del indulto, no sería ni comprensible ni atendible un secretismo u ocultación intencionada de las acciones adoptadas en ese sentido. Pero aun de aceptar su empleo para el resto de funciones dadas, ningún obstáculo habría de interponerse, justificando tal secretismo, para que en el seno de una sociedad soberana y democrática en la que los poderes públicos deben efectuar un ejercicio responsable y transparente de sus cometidos, se exteriorizaran las razones que conducen a su otorgamiento y se expliquen sus motivaciones últimas²⁵⁴⁰.

En relación a la necesidad de dejar inmotivada la resolución por ser contraproducente respecto del reo indultado, se recordará lo ya mantenido al analizar esta cuestión; argumentos que doy por reproducidos a los efectos de evitar ociosas reiteraciones²⁵⁴¹. Si bien se valoran positivamente aquellas propuestas que se inclinan por una motivación compatible con preservar cierto anonimato respecto de la identidad concreta de la persona indultada²⁵⁴² (utilizando, por ejemplo, solo sus iniciales –metodología que se ha asumido en el seno de esta investigación– o un número identificativo), esta discusión no se produciría de aplicar las conclusiones alcanzadas con carácter previo en el seno de nuestro estudio.

La reinserción del potencial indultado no se vería perjudicada, ni en riesgo de menoscabo, puesto que ninguna publicidad se le daría, si en vez de un indulto, el condenado recibiera una mejora en su tratamiento penitenciario, accediera al régimen de la libertad condicional u

²⁵³⁸ Vid. apartado 4.4.1. *El indulto como mecanismo esperanzador, incentivo y recompensa. Análisis de actuaciones postdelictivas, conductas meritorias o virtuosas y Derecho premial.*

²⁵³⁹ HAASE, «"Oh my darling clemency"», p. 1303.

Voto particular formulado por LESMES SERRANO, con adhesión de nueve Magistrados, a la STS de 20 de noviembre de 2013.

QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, en entrevista concedida el 30 de enero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 237-238, 242-243, 249, sobre la existencia de concesiones de indultos (por ejemplo, respecto de infiltrados) que no pueden motivarse.

²⁵⁴⁰ DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*, p. 365.

²⁵⁴¹ Vid. apartado 4.4.1. *El indulto como mecanismo esperanzador, incentivo y recompensa. Análisis de actuaciones postdelictivas, conductas meritorias o virtuosas y Derecho premial.*

²⁵⁴² HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, pp. 32, nota 13, 130-132, 437; JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», p. 10.

obtuviera un beneficio penitenciario, atendiendo a la valoración positiva de su comportamiento.

| | | |
|--|---|--|
| <p>Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos</p> | <p>Exigencia legal de motivación (concesión y denegación), control judicial y fiscalización del Tribunal Constitucional</p> | <p>Modificación necesaria</p> <p>Reproche sobre secreto de la materia: Insostenible</p> <p>Reproche sobre resocialización: salvable por vías alternativas propuestas</p> |
|--|---|--|

6.6.4. El imposible acomodo del indulto en relación con el principio de igualdad

El cuarto apartado de análisis se ceñía al estudio del principio de igualdad ante la ley y la figura del indulto. Toda vez que se concluye que la institución examinada es paradigmáticamente infrainclusiva, su oposición al principio de igualdad es un rasgo inherente, propio de la naturaleza y esencia de la institución y, por ende, no susceptible de armonización a través de ninguna propuesta de mejora que pudiera efectuarse a la figura.

| | | |
|-------------------------------------|---|--|
| <p>Principio de igualdad</p> | <p>Indulto particular es figura paradigmáticamente infrainclusiva</p> | <p>Al referirse a rasgo inherente de la figura, no armonizable</p> |
|-------------------------------------|---|--|

6.6.5. La consideración excepcional del indulto en relación con el Estado de Derecho

Por último, se constataba que, en consideración a los desequilibrios que la figura generaba, el indulto se erigía como institución excepcional dentro de un Estado de Derecho. Su inserción en un sistema de esas características no estaba libre de dificultades que no quedaban soslayadas por la previsión de sujeción de la figura a la Constitución y a la ley.

| | | |
|---------------------------------|---|---|
| <p>Estado de Derecho</p> | <p>Institución excepcional en Estado de Derecho</p> | <p>Dificultades no solucionables con previsión de sujeción a CE y ley</p> |
|---------------------------------|---|---|

6.6.6. Conclusiones finales y propuesta

De las anteriores conclusiones se deduce irremediablemente el complicado acomodo que la figura del indulto tiene en el Estado constitucional de Derecho actual. Atendida su naturaleza, su configuración y sus efectos, su encaje en él no es posible a través de una propuesta de mejora de su régimen, dado que los roces estructurales, de corte constitucional, derivados de su existencia y su empleo, se relacionan mayoritariamente con factores intrínsecos e inherentes a la propia institución. En este sentido se ha verificado que la decisión de indultar implica excepcionar constantemente los principios generales rectores del Estado de Derecho, lo que supone legitimar una situación inadmisibile, cual es la preeminencia constante del indulto respecto del Derecho²⁵⁴³.

Cuanto antecede comporta la verificación de aquella segunda hipótesis que intuitivamente se prefirió, sobre el necesario rechazo de una pretendida justificación de la utilización del indulto basada en la aplicación mecánica de un régimen de excepcionalidad respecto de los principios estructurales, en atención a los graves desequilibrios sistémicos que ocasiona²⁵⁴⁴.

La sistemática excepción de los principios básicos del Estado de Derecho que supone la configuración actual del indulto y su empleo, emplaza a éste en una insostenible situación prevalente respecto del Derecho, sin que ello sea susceptible de enmienda a través de propuestas de mejora realizables.

Sin embargo, el hecho de que se evidencie esa segunda alternativa y se llegue a la conclusión de que el régimen del indulto no es susceptible de ser reformado para permitir su acoplamiento funcional en un Estado de Derecho, no es una situación dramática. Como se ha tenido ocasión de corroborar, el indulto es perfectamente reemplazable por otras instituciones que, siendo además más adecuadas para los fines perseguidos, no generan los desequilibrios estructurales que provoca aquél, por lo que, también desde este plano analítico, nada obsta para que fuera sustituido por ellas.

No obstante, nuestra investigación localizó un tipo de escenario en el seno del cual su relevo no era posible: aquellos estados de excepción transicionales en los que se podría emplear como instrumento para alcanzar la paz social y la concordia²⁵⁴⁵.

Como señalé, la figura a la que se ha recurrido predominantemente en estos supuestos excepcionales, por la pluralidad de sujetos afectados, ha sido la amnistía. Esta solución, ya se demostró, neutralizaba los desequilibrios que la figura del indulto originara. ¿Qué ocurriría entonces con la posibilidad de otorgar indultos en estos supuestos²⁵⁴⁶, en los que se concluyó su imposibilidad de reemplazo material por ninguna otra medida?

²⁵⁴³ WALDHOFF, «Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?», p. 149.

²⁵⁴⁴ FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos gratiables», p. 195.

²⁵⁴⁵ Vid. apartado 4.4.6.3.2.2. *El indulto como instrumento utilitario para alcanzar la paz social y la concordia*.

²⁵⁴⁶ GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 212-213, 262-263.

A priori podrían distinguirse dos alternativas:

- (i) Defender una perspectiva continuista. Respalda que, en estos supuestos, la facultad de indultar continuara, tal y como actualmente se conoce y residiendo en el poder ejecutivo, en atención a la excepcionalidad de la medida y al contexto extraordinario en que es posible adoptarla. Dicha excepcional realidad podría asemejarse a una *cuasireconfiguración* del Estado de Derecho²⁵⁴⁷ en la que sus principios basales se reequilibraran. Precisamente por ello, estaría legitimada su adopción, justificándola no ya como una excepción automática, constante y mecánica al Estado de Derecho sino como una medida singular que permitiera el restablecimiento y reconstrucción estable de éste; o
- (ii) Abogar por una perspectiva reformista²⁵⁴⁸, como la que habría inspirado la aprobación de la Ley de 9 de agosto de 1873, sancionada durante la Primera República. Sin perjuicio de la iniciativa y el poder negociador que pudiera desplegar el poder ejecutivo en este contexto excepcional, defender que todas las medidas de perdón, en bloque, fueran acometidas a través del poder legislativo²⁵⁴⁹ equiparando su régimen, *mutatis mutandis*, a las amnistías. Ello, en atención al necesario respaldo democrático que habría de darse al proceso transicional, superando los déficits de legitimación de los que adolece el indulto practicado por el poder ejecutivo y, sobre todo, impidiendo que se replicaran todos los desequilibrios detectados, con el objetivo de reducirlos al límite mínimo, tendente a cero.

De optarse por la primera de las alternativas, todas las reflexiones acerca de las grietas y fisuras constatadas respecto de los principios estructurales del Estado de Derecho serían reproducibles, aunque quedarían justificadas por el estado de excepción en que tal medida es adoptada. Sin embargo, bajo un objetivo de máximos como el marcado en esta investigación, el escenario ideal, también para evitar reticencias²⁵⁵⁰, sería aquel que permitiera eliminar o, cuando menos, reducir al máximo los desequilibrios estructurales. Ello solo sería posible de escoger la segunda opción, de asumir la alternativa reformista, que es justamente la que se acoge.

²⁵⁴⁷ En paralelo al acercamiento desde una perspectiva filosófica de JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, pp. 51-52, 135, 200: «El auténtico perdón, al igual que la conversión, es lo único capaz de construir una nueva casa para una nueva vida» (pp. 51-52); «El perdón [a diferencia de la excusa] inaugura una vita nuova» (p. 135).

²⁵⁴⁸ Más allá, pero en la línea de la propuesta apuntada por MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, p. 796: «Sin embargo, ambas finalidades [política general de un país y correctivo de la ley por equidad o razones político-criminales] deberían compaginarse con la separación de poderes, reservándose la concesión general de la gracia y la valoración de su conveniencia política al Parlamento, y su ejercicio en casos concretos al Poder Judicial, con algún posible control por parte del Legislativo».

²⁵⁴⁹ ABEL SOUTO, «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal», p. 3.

²⁵⁵⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», p. 591: «Para evitar reticencias por parte de los llamados a aplicarlo [el indulto respecto del fenómeno terrorista] y ofrecer una mayor seguridad a sus posibles beneficiarios, podría resultar aconsejable su adecuada regulación a través de una ley aprobada por el Parlamento (...)».

Aunque dicha propuesta pudiera inicialmente desacreditarse, reduciéndola a un mero ejercicio del derecho a la libertad de expresión²⁵⁵¹, y tacharse de *cuasiutópica*, excesivamente audaz²⁵⁵², inoportuna²⁵⁵³ y de imposible acometimiento²⁵⁵⁴, para su materialización sería exclusivamente necesaria la eliminación de un apartado de un concreto precepto (*ex art. 166 ss. CE*): la supresión del art. 62. i. CE bastaría²⁵⁵⁵ –junto con la adaptación de los preceptos relacionados–; y, con su eliminación, se desencadenaría la necesaria derogación de la LI²⁵⁵⁶.

Como consecuencia de dicha supresión, sería el Parlamento soberano *ex arts. 1. 2 y 66. 1 CE* [el que decide qué conductas deben ser objeto de reproche penal y en qué medida –con qué penas y cómo deben ejecutarse éstas– (*arts. 81. 1, 149. 1. 6ª CE*); el que puede decidir adoptar una norma penal que beneficie al reo y le sea de aplicación retroactiva (*art. 9. 3 CE y 2.2 CP*); el que puede despenalizar una conducta y afectar a aquellos condenados que cometieran el acto con carácter previo, a través de la revisión de sus sentencias (*art. 2. 2 y Disposiciones Transitorias 2ª, 4ª y 5ª CP*); el que podría decidir adoptar una amnistía], el que, ante una

²⁵⁵¹ GARCÍA VALDÉS, «Sobre los indultos»: «*La crítica respecto a su extensión u oportunidad, en determinados casos, no pasa de ser una manifestación más de la libertad de expresión, pero a nada más conduce ni puede hacerle desistir de su privilegio*».

²⁵⁵² A pesar de encontrar embriones de dicha idea a finales del s. XVIII, tal como apunta HAASE, «“Oh my darling clemency”», p. 1291, citando a MADISON, *The Federalist*, núm. 47, «The particular structure of the New Government and the distribution of power among its different parts», de 1 de febrero de 1788 (Vid. MADISON, en HAMILTON/MADISON/JAY, *The Federalist*, núm. 47, pp. 261-267). En concreto, en las Constituciones de algunos Estados como Pennsylvania (sección 20, Constitución de 28 de septiembre de 1776), Georgia (*art. XIX*, Constitución de 5 de febrero de 1777) y Virginia (Constitución de 29 de junio de 1776).

²⁵⁵³ RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», p. 606: «*A la question brutale: le droit de grâce doit-il disparaître, la réponse sera nuancée car l'idée de grâce est si fortement liée dans les esprits à la prérogative du chef de l'Etat que l'idée même d'une réforme apparaîtrait comme mal venue*».

²⁵⁵⁴ A pesar de que existan ordenamientos, en Derecho comparado, que han optado por esta alternativa y lo han recogido expresamente en su normativa interna. De conformidad con los arts. 157. 1. c. y 173. 1. k. de la Constitución suiza, es el Bundesversammlung, en quien reside el poder legislativo, a quien se ha otorgado la potestad de pronunciarse sobre los indultos y decidir sobre la amnistía. La Constitución política de la República de Nicaragua, en su art. 138. 3, atribuye a la Asamblea Nacional (órgano que ejerce el poder legislativo) la atribución de: «*conceder amnistía e indulto por su propia iniciativa o por iniciativa del Presidente de la República*». También la Constitución de Uruguay hace residir la competencia de indultar en la Asamblea General, órgano que ejerce el poder legislativo *ex art. 83* de aquel texto constitucional. Ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 85. 14: «*A la Asamblea General compete: Conceder indultos por dos tercios de votos del total de componentes de la Asamblea General en reunión de ambas Cámaras, y acordar amnistías en casos extraordinarios, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara*». Este modelo habría sido asumido también por la República de Cuba, donde, a pesar de su idiosincrasia, se atribuye al Consejo de Estado, órgano de la Asamblea Nacional del Poder Popular –único órgano con potestad legislativa– que la representa entre los periodos de sesiones, la potestad de conceder indultos (*art. 90. 10* de la Constitución de la República de Cuba).

²⁵⁵⁵ ABEL SOUTO, «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal», p. 3, aboga, sin embargo, por el mantenimiento de dicho precepto para continuar con la autorización de los indultos por parte del monarca, aunque sean aprobados por el Parlamento. Vid. nota al pie 2609.

Sin embargo, entiendo que la modernización del texto constitucional no debe satanizarse, máxime cuando aquella facultad de sanción y promulgación de la ley ya estaría contemplada en el art. 62. a. CE.

²⁵⁵⁶ A favor de la derogación total de la institución, BUENDÍA CÁNOVAS, «La necesaria derogación de la institución del indulto», p. 2; FANEGA, «El indulto», pp. 114-118; ORTEGO PÉREZ, «El indulto controversias de su ejercicio y necesidad de reforma», p. 12, apunta a dicha posibilidad sin asumirla, formulando propuestas para su reforma; SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», pp. 83-84; y JIMÉNEZ VILLAREJO, reportaje «Sed de justicia», Salvados, LaSexta, emitido el 12 de mayo de 2013, 7:13-7:16, (http://www.lasexta.com/programas/salvados/noticias/puede-ser-que-gobierno-tenga-facultades-anular-sentencias_20130512572786ad6584a81fd884e5c1.html, última consulta el 28 de marzo de 2017).

situación excepcional, podría, por Ley, establecer un régimen excepcional en la aplicación de la ejecución de las normas penales permitiendo su flexibilización²⁵⁵⁷, para alcanzar una convivencia pacífica en relación a un grupo determinable de personas, ya condenadas²⁵⁵⁸.

Se respalda con ello la idea ya expuesta por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en virtud de la cual «*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 pueblo*»²⁵⁵⁹.

Adviértase que con la propuesta de derogación de la figura del indulto en nuestra CE no se trata de defender un régimen cruel, sino todo lo contrario: permitir que la humanidad de las penas se predique desde la redacción de la Ley hasta la ejecución del castigo, para todos por igual.

Por consiguiente, la propuesta que defiende está basada en la abolición de la figura del indulto tal y como se ha conocido hasta ahora, para adscribir, en determinados y excepcionales escenarios, un mecanismo de perdón en la fase de ejecución de la pena de exclusiva configuración legal, derivado de la competencia legislativa²⁵⁶⁰ y no de una prerrogativa de gracia: la posibilidad de que, en dichos contextos extraordinarios, se decrete un, permítasenos la expresión, *indulto legal*²⁵⁶¹.

Acogiendo aquella definición que se proponía al comienzo de la investigación²⁵⁶², el indulto continuaría manteniendo su esencia, pudiendo seguir siendo definido como una medida en virtud de la cual no se ejecuta íntegramente la pena ya impuesta en sentencia firme, quedando remitida parcial o totalmente o conmutada por otra más liviana. Sin embargo, dichos efectos se desplegarían en virtud de una decisión legal del poder legislativo, con acatamiento de las normas y principios constitucionales.

Si bien optar por dicha disyuntiva minimiza las fricciones constitucionales advertidas, lo que respalda nuestra inclinación, lo cierto es que no puede desatenderse el hecho de que surgirían dos nuevas cuestiones que, en una primera aproximación, podrían serle censuradas: la posibilidad de que, a su través, se otorgara un indulto general, demonizado en el imaginario público; y el potencial impedimento de dictar una Ley de carácter singular.

Las dos recriminaciones partirían, sin embargo, de escenarios opuestos. Imaginando un contexto de justicia transicional como el configurado en apartados anteriores y centrándonos en la posibilidad de la utilización de medidas que aliviaran la ejecución de las penas impuestas,

²⁵⁵⁷ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 39-40, 42, 45.

²⁵⁵⁸ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 221: «*La decisión final sobre una renuncia al castigo, total o parcial, si es que ella es necesaria, debería estar confiada, como normalmente lo está, al órgano estatal que más directamente representa la soberanía popular: el parlamento*».

²⁵⁵⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», p. 9. En este sentido, MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto*, p. 19.

²⁵⁶⁰ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 138, 141: «*En una democracia, el gobierno no es soberano, sino un órgano ejecutor de la voluntad popular, y es en ésta donde tiene que residir, últimamente, la prerrogativa de gracia*» (p. 138).

²⁵⁶¹ En un sentido semejante al empleado por HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», p. 2, al denominar la amnistía «*indulto legislativo*».

²⁵⁶² Vid. apartado 2.1.2. *Propuesta de definición*.

éstas podrían ser de potencial aplicación: **(a)** para una generalidad –por ejemplo, a un amplio grupo guerrillero que aceptara dejar las armas para alcanzar la paz tras más de 50 años de conflicto–; o **(b)** a una sola persona o un grupo muy reducido de ellas, que hubiera perturbado la estabilidad estatal y a los que pretenda aplicarse tal medida para alcanzar una convivencia pacífica, una reconciliación nacional –necesariamente descafeinada, por el número de sujetos afectados–, en el seno de un escenario de laboratorio, dada cuenta la imposibilidad de replicar un supuesto hipotético actual equiparable al regicidio. Sin perjuicio de insistir en la dificultad, rayana en lo imposible, de concreción fáctica de este segundo escenario, por cuestiones metodológicas no excluiré su análisis para observar el comportamiento del sistema proyectado también para estos casos.

La tacha relativa al indulto general, que carecería ya de soporte constitucional tras la supresión del mentado art. 62. i. CE, vendría a basarse en una doble suposición: **(i)** históricamente han sido proscritos los indultos generales, por la prodigalidad de su empleo y la negatividad de sus efectos –comunicación de un mensaje de impunidad al afectar a una generalidad indiscriminada de sujetos e incumplimiento de los fines de la pena, al tratarse de una liberación masiva que no atiende a las particularidades de los beneficiados²⁵⁶³ lo que, a la postre, asegura una tasa de reincidencia elevada–; y **(ii)** la inobservancia de las características individuales de los sujetos, quienes vendrían a ser comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley por la mera concurrencia de una identidad en lo que a la motivación de la norma se refiere, en contra del elemento caracterizador de todo indulto particular, bajo el concepto tradicional de la figura.

La insolvencia del reproche resulta, justamente, de la imposibilidad de sostener los postulados en los que se asienta. En primer lugar, la precaución histórica a la que se alude olvida que aquella profilaxis se dirigió a acotar la concesión de indultos generales concedidos por el poder ejecutivo²⁵⁶⁴ (en ocasiones, sin esperar al dictado de la sentencia) sin que, por tanto, pueda ser de aplicación para una medida adoptada en virtud de la competencia legislativa ejercida por un Parlamento soberano.

A mayor abundamiento, la excepcionalidad de la situación habilitante, la necesidad de que concurra un estado de excepción como el identificado, impide *a limine* su utilización masiva y reiterada²⁵⁶⁵. Precisamente la excepcionalidad de la situación en cuyo seno se aprueba, su «cuasiirrepetibilidad», impide sostener que su adopción transmita un mensaje de impunidad que produzca un futuro masivo incremento del número de delitos cometidos. Al margen del ámbito material al que se constreñirían las conductas susceptibles de ser afectadas por tal medida –en los mismos términos que se predicen para la aprobación de una ley de amnistía²⁵⁶⁶–, la excepcionalidad caracterizadora del escenario legitimador implica que, de materializarse históricamente, es más que probable que durante un amplio lapso temporal

²⁵⁶³ GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 126, 256-257; misma autora, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», pp. 612-613.

²⁵⁶⁴ LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», p. 1037, lo que justifica que la Constitución italiana exija «una ley de delegación de las Cámaras para que el Presidente pueda otorgar las formas generales de clemencia»; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, p. 797.

²⁵⁶⁵ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 110: «la excepción es, ante todo, lo jurídicamente no subsumible».

²⁵⁶⁶ Vid. apartado 2.2.2. *Esencia de la amnistía. Ámbito sustantivo y material*.

(que excedería la duración de la vida de una persona, potencial autora de una conducta delictiva), no volviera a concretarse.

Pero, además, existe un factor determinante que ataja las críticas relativas a la exteriorización de impunidad y reincidencia. La Ley necesariamente vendría a tener que reducir su ámbito de aplicación a aquellas personas condenadas por la comisión de determinadas conductas delictivas, respecto de las que se decida la necesaria flexibilización de la ejecución de la condena para alcanzar la convivencia pacífica; no serían entes indeterminados, no sería una potencial generalidad indiscriminada, no se produciría menoscabo, siquiera hipotético, al eventual fin de prevención general que podría asignarse a la pena cuya ejecución decide aliviarse, sino que se circunscribiría a personas perfectamente identificables y determinadas²⁵⁶⁷, abarcadas por un denominador común –pertenencia a aquel grupo guerrillero, a aquel colectivo más reducido o a aquella persona singular–.

Adicionalmente, esta restricción se ha acompañado en la práctica de exigencias de compromisos²⁵⁶⁸ o declaraciones²⁵⁶⁹, los conocidos como *compromisos de no repetición*, emanados de aquellos a los que afectara la medida, conniventes en alcanzar un fin de la etapa conflictual que supondría el cese de la actividad delictiva desplegada²⁵⁷⁰. Ello incidiría directamente en el posible reproche de perjuicio respecto del fin preventivo especial respecto de aquella pena que no resultaría íntegramente ejecutada²⁵⁷¹. La declaración expresa de

²⁵⁶⁷ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 137, respecto de la amnistía, asevera su carácter aporoblemático cuando se trate de sujetos identificables (no necesariamente identificados).

²⁵⁶⁸ En relación con la liberación efectiva de 16 guerrilleros de las FARC, la Oficina del Alto Comisionado para la paz informaba el pasado 21 de enero de 2016 sobre el establecimiento de los siguientes requisitos: «estas personas tendrán que comprometerse a no regresar a las filas de las Farc y, en esa medida, a contribuir a la construcción de la paz. Eso significa que no pueden reincidir en el delito de rebelión, que deben comenzar su proceso de reincorporación a la vida civil y convertirse en promotores de los acuerdos alcanzados en La Habana. Teniendo en cuenta estas condiciones, el Gobierno ha autorizado para que viajen a La Habana cuatro de ellos (...) Estas personas llegarán a la Mesa de Conversaciones en calidad de ciudadanos autorizados formalmente por el Gobierno Nacional para recibir información del contenido de los acuerdos alcanzados como preparación para su trabajo de pedagogía y difusión de los acuerdos, en su condición de constructores y promotores de paz» (<http://es.presidencia.gov.co/sitios/busqueda/noticia/Comunicado-de-la-Oficina-del-Alto-Comisionado-para-la-Paz/Noticia>, consultado el 2 de abril de 2016).

²⁵⁶⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», pp. 585-591, describe la vía utilizada con ETA a partir de diciembre de 1983, basada en la adopción de «medidas individualizadas, a partir de la declaración pública de rechazo de la “lucha armada” y adaptación del sistema democrático por cada interesado».

En este sentido se dirigía la Propuesta de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación, por adición de un segundo párrafo, del artículo 6 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución (BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 7, de 15 de septiembre de 1986, pp. 1-2), en el que, como condición para la concesión de indultos particulares o de cualquier medida de gracia o reinserción por parte del Gobierno, se requería: «b) Que manifieste su compromiso expreso y formalizado de reinsertarse en la sociedad, sin más contacto ni vinculación con organizaciones terroristas o de apoyo a tales actividades. El incumplimiento posterior de este requisito por el beneficiario, implicará su consideración de reincidente como circunstancia agravante especial, y el deber de cumplir la totalidad de las penas que pudieran recaer por el conjunto de delitos».

²⁵⁷⁰ Lo que neutraliza el riesgo advertido por MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, p. 267, de rebrote, una vez reubicado de nuevo en una organización criminal, puesto que ésta estaría disuelta o próxima a su disolución.

²⁵⁷¹ GALLEGU ARRIBAS, *Justicia transicional y ponderación de intereses*, pp. 16, 38-41, incide en la relevancia de este tipo de condicionamientos; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La recompensa como prevención general. El Derecho*

cooperación y la manifestación del compromiso supondrían reducir apriorísticamente la probabilidad de reincidencia que, en todo caso, podría ser reforzada por el establecimiento de condiciones adicionales²⁵⁷². Además, el cese definitivo de la actividad de un grupo, si se trata de miembros vinculados o pertenecientes a éste, afectará indiscutiblemente y de forma positiva, al pronóstico de reinserción del sujeto²⁵⁷³.

En relación a las garantías de no repetición, resulta especialmente ilustrativo el proceso de paz seguido en Colombia en el que, en la práctica, consigue observarse no solo el efecto sobre el fin preventivo-especial asignable a la pena, sino, además, el desdoblamiento respecto de la asunción de dichas garantías. Por una parte, se encuentran los compromisos del potencial beneficiado de una flexibilización del procedimiento penal y, por otro, las medidas estatales para asegurar que en el futuro no puedan producirse sucesos similares.

La Ley 975 de 2005 por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios²⁵⁷⁴, también denominada Ley de justicia y paz²⁵⁷⁵, se aprobó con un doble objetivo relacionado con las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia: **(i)** facilitar el proceso de paz, la reconciliación nacional y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de grupos armados, y **(ii)** garantizar los derechos de las víctimas (al justo proceso, a la verdad, a la justicia y a la reparación, comprendiéndose también la de carácter simbólico²⁵⁷⁶).

Para poder acogerse al proceso, se establecieron dos vías. Aquella dirigida a la desmovilización colectiva y la destinada a los sujetos individuales. El individuo que pretendía acceder a los beneficios había de estar comprendido en el listado del Gobierno y entregar información o colaborar con el desmantelamiento del grupo de pertenencia, suscribir un compromiso, desmovilizar y dejar las armas, cesar toda actividad ilícita, entregar los bienes producto de la actividad ilegal y que su actividad no hubiera estado dirigida a traficar con estupefacientes o al enriquecimiento ilícito (art. 11). En el art. 45. 3 [sic]²⁵⁷⁷ se preveía como acto de reparación integral a efectuar por el individuo que

premio, p. 30, trata sobre un efecto sustantivamente semejante *mutatis mutandis* cual es el sentimiento de «obligación a obrar bien» del «hombre a quien se le ha concedido una recompensa metálica u honorífica».

²⁵⁷² Como se recogía en la Propuesta de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación, por adición de un segundo párrafo, del artículo 6 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, transcrita en la nota precedente.

²⁵⁷³ CANCIO MELIÁ, «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», en CUERDA RIEZU, *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 45-46, 65-66.

²⁵⁷⁴ Ley 975 de 2005, de 25 de julio (Diario Oficial núm. 45.980, de 25 de julio de 2005). Su aprobación, cuestionada, derivó en distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia (sus sentencias C-319/06, de 25 de abril de 2006, C-370/06, de 18 de mayo de 2006, C-575/06, de 25 de julio de 2006, C-1199/08, de 4 de diciembre de 2008 y C-029/09, de 28 de enero de 2009). Fue modificada por la Ley 1592/2012, de 3 de diciembre de 2012 (Diario Oficial núm. 48.633, de 3 de diciembre de 2012).

²⁵⁷⁵ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 210, sobre el enfoque que esta ley asumió, opuesto al defendido en la sentencia de 14 de marzo de 2001 de la CIDH, caso Barrios Altos contra Perú.

²⁵⁷⁶ Art. 8 de la Ley 975 de 2005, de 25 de julio: «(...) Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas».

²⁵⁷⁷ Por la numeración habría de corresponder al art. 44. 3 de la Ley 975 de 2005, de 25 de julio.

quisiera gozar de los beneficios legales el reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, su declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles. Las garantías de no repetición volvían a estar reguladas en el art. 49. 4 [sic]²⁵⁷⁸ y en ellas quedaban nuevamente comprendida la disculpa, el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades²⁵⁷⁹.

El Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, de 12 de noviembre de 2016²⁵⁸⁰, estaba basado en igual medida en el establecimiento de garantías de no repetición y nuevamente demuestra el binomio que subyace entre las garantías a asumir por el Estado (pp. 80, 147, 169) y por los individuos implicados. El Estado colombiano se compromete, a través de la creación de un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, a instaurar garantías de no repetición tales como la reforma rural integral, el incentivo para el ejercicio de la política de la guerrilla adherida al acuerdo, la promoción de la convivencia por la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición (p. 129) y el propio fin del conflicto (p. 125). A través de la citada Comisión, se anuncian como objetivos: el esclarecimiento de lo ocurrido, la promoción y contribución al reconocimiento, la promoción de la convivencia en territorios afectados y el reconocimiento de responsabilidad a los fines de crear espacios para que los participantes en el conflicto, entre otras actuaciones, asuman compromisos de no repetición (p. 136).

Paralelamente y a nivel individuo, el Acuerdo establece unas garantías de no repetición (pp. 186 a 188). Para acceder al tratamiento especial de la justicia del *Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición*, para que puedan ser aplicables las sanciones propias de la jurisdicción especial para la paz, para la graduación de las sanciones o para el acceso a la pena alternativa, a los subrogados penales y a los beneficios adicionales (pp. 145, 164, 167, 171, 172, 174, 175), es necesario que se adquieran compromisos en materia de garantías de no repetición –a través, también, de reconocimientos de responsabilidades (p. 187)– y garantizar personalmente esa no repetición.

Por tanto, de asumir el planteamiento contraargumentativo basado en que una persona efectuase un juicio de oportunidad ante la comisión de cualquier hecho delictivo²⁵⁸¹ y profetizase con la eventual incidencia que pudiera tener para él un futuro indulto, la posibilidad de que le fuera de aplicación una medida como la aquí asumida, sería nula o prácticamente inexistente.

²⁵⁷⁸ Debería corresponder con el art. 48. 4 de la Ley 975 de 2005, de 25 de julio.

²⁵⁷⁹ En la línea apuntada por TORRALBA, *El perdón*, pp. 14-15, como camino para la reconciliación.

²⁵⁸⁰ http://www.senado.gov.co/images/stories/pdfs/acuerdo_final472094587.pdf, última consulta el 25 de diciembre de 2016.

²⁵⁸¹ Racionalidad subjetiva, en el marco de la teoría de la disuasión y en el sentido defendido por KENNEDY, *Disuasión y prevención del delito*, pp. 53-56: «Lo que resulta determinante son las ganancias y los costes tal como ellos [los potenciales delincuentes] los entienden y los definen, y su pensamiento al sopesar esas ganancias y costes». Adviértase la prevención apuntada por BONDI, «La ricchezza delle sanzioni», pp. 6-9 (nota 30), en relación con la imposibilidad de asumir ese postulado para determinados tipos de delincuencia y la concepción del hombre que tendría que sostenerse, identificándolo como: «*produttore di scelte razionali autonome e transitive*» (p. 6).

La atención a aquel denominador común para el establecimiento del ámbito material de aplicación de la Ley²⁵⁸², impide también mantener el afeamiento basado en la ignorancia de las particularidades de los beneficiados. Obviamente no se atendería a concretas circunstancias estrictamente personales de los condenados que pudieran considerarse ajenas al conflicto que se pretende ayudar a resolver mediante la adopción de esta potencial medida transicional; pero sí a particularidades relevantes, a los fines de diseñar el ámbito material personal de afectación de la norma. De esta forma, lo que se habría podido aducir como debilidad en aquella primera aproximación, sería en realidad una virtud de la propuesta y salvaría el obstáculo relativo a la necesidad de garantizar un tratamiento respetuoso con el principio de igualdad. Así, se neutralizaría apriorísticamente el eventual reproche que pudiera efectuarse en atención al art. 14 CE²⁵⁸³ que, como sucede respecto de toda ley, habrá de ser respetado en tanto principio negativo de control al límite externo de conformación de la iniciativa del legislador²⁵⁸⁴.

El precedente argumento se vincula directamente con la segunda desaprobación que podría plantearse a la propuesta, cual es la supuesta imposibilidad de decretarse una ley particular en el sentido referido²⁵⁸⁵. Volviendo al escenario de ejemplo asumido a meros efectos dialécticos, imaginemos que la medida tuviera que referirse exclusivamente a una persona, en atención a que ella fue la que provocó una desestabilización social que, mediante dicho instrumento y en el seno de esa *¿transición?*, pretende ser establecida. ¿Sería posible dicha ley singular²⁵⁸⁶, una ley cuya nota de generalidad se concrete en un minúsculo círculo de sujetos o se refiera a uno solo²⁵⁸⁷?

²⁵⁸² ARIÑO ORTIZ, «Leyes singulares, leyes de caso único», p. 57.

²⁵⁸³ ARIÑO ORTIZ, «Leyes singulares, leyes de caso único», pp. 72-73; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, pp. 952-953, nota 21: «Como hemos dicho, el límite más importante y arduo es el constituido por el artículo 14 de la C.E.».

²⁵⁸⁴ Acuerdo núm. 488/2008, de 7 de octubre de 2008 del Tribunal Constitucional portugués. El respeto al principio de igualdad se alcanza porque, utilizando la misma terminología que emplea el tribunal luso, nos encontraríamos en el seno de *situaciones legitimadoras de diferenciación*.

²⁵⁸⁵ SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto», p. 59.

²⁵⁸⁶ STC de 19 de diciembre de 1986: «el término “Leyes singulares” es aquí utilizado en el sentido de “Leyes de caso único”, definidas como aquéllas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro. La resistencia conceptual que, en principio, suscitó esta clase de Leyes se encuentra actualmente superada por la moderna doctrina científica, según la cual, el dogma de la generalidad de la Ley no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar, con valor de Ley, preceptos específicos para supuestos únicos o sujetos concretos».

GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, pp. 89-90, en el ámbito de la amnistía, sobre el amparo del TC a las leyes singulares.

²⁵⁸⁷ ARIÑO ORTIZ, «Leyes singulares, leyes de caso único», p. 72: «Ciertamente, hay que reconocer que el criterio de la generalidad es de difícil medida, por cuanto una ley puede ser perfectamente “general” refiriéndose sólo a un determinado grupo de personas, que pueden ser muy pocos, e incluso, eventualmente, uno sólo (p. ej., una ley reguladora de la profesión de verdugo). Entre la generalidad absoluta (norma que afecte a todos los españoles) y la singularidad máxima (norma dictada para una sola persona), hay una escala de múltiples grados».

A favor, AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», p. 899, respecto de la posibilidad de dictar una «*amnistía personalizada, a varios o incluso a uno*»; mismo autor, «Derecho de gracia», p. 58; GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, p. 54, constata su concreción histórica (aunque anecdótica); TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 516-517.

La respuesta, afirmativa, fue facilitada ya en nuestro ordenamiento en relación con un problema de fenomenología dispar, pero de perfecta aplicación, tras la aprobación del Decreto Ley 2/83 de 23 de febrero, de expropiación de RUMASA²⁵⁸⁸. Siempre que se respete la literalidad del art. 14 CE –cuyo acatamiento no se ve comprometido *per se* por el dictado de una ley singular²⁵⁸⁹ y cuya observancia será controlable por el Tribunal Constitucional–, podrá ser decretada una norma con rango de ley que pueda afectar a una sola persona, previamente identificable²⁵⁹⁰.

Si ello se permitió de acuerdo con un Decreto Ley aprobado por el Gobierno aludiendo a un procedimiento de urgencia con las limitaciones que dispone el art. 86 CE por el que se adoptaron medidas perjudiciales para el afectado, mayor razón aún existirá en acceder a la aprobación de una ley singular aprobada por el Parlamento, respecto de la que derivan beneficios (y no desfavores) para los condenados o el único penado²⁵⁹¹. Por ello decaería, también en este escenario, la segunda de las críticas que podría plantearse contra el dictado de dicha Ley.

Hemos de dedicar una última observación para reflexionar si las víctimas estarían legitimadas para limitar soluciones jurídicas al conflicto que, con las medidas de perdón, se pretendería

²⁵⁸⁸ STC de 2 de diciembre de 1983; sobre todo la STC de 19 de diciembre de 1986; o la STC de 15 de enero de 1991. En el mismo sentido que se pronunciaba la STC alemán de 15 de diciembre de 1959 en el caso Platow, en materia de las leyes de amnistía. GALLEGO ANABITARTE, «Sobre la no inconstitucionalidad del Decreto Ley 2/83 de febrero», en Diario La Ley, núm. 2, 1983, pp. 1143-1149.

²⁵⁸⁹ STC de 19 de diciembre de 1986: «*La vocación a la generalidad que, su propia estructura interna, impone a las Leyes viene protegida, en nuestra Ley fundamental, por el principio de igualdad en la Ley establecido en su art. 14; pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora. Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular -supuesto el más intenso de Ley diferenciadora- debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta. Según ello, la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas*».

²⁵⁹⁰ Cfr. MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, pp. 29-38, contra las amnistías individuales.

²⁵⁹¹ Factor clave para su aceptación por ARIÑO ORTIZ, «Leyes singulares, leyes de caso único», pp. 60-66, 74, 77, quien se muestra escéptico para el resto en tanto que suponen perjuicios o situaciones más gravosas, respecto de las que no destierra su posibilidad, bajo el control del TC: «*hay también leyes singulares que, por su carácter de leyes de favorecimiento o de "ley más benigna", no deben ofrecer dificultad de aceptación. Se dictan para un caso concreto o para resolver problemas ya surgidos y no repetibles y contienen un mandato singular que se separa, además, de la regla general (si es que existe), pero ello se hace in bonus, en favor de los destinatarios, lo que hace desaparecer cualquier problema de falta de garantía. Tales son los casos de las leyes que otorgan pensiones extraordinarias, las leyes de amnistía o indulto, las leyes de ascensos por méritos de guerra, las moratorias o exenciones por razón de grandes catástrofes, etc. Toda esta tipología de leyes singulares ningún atentado suponen al Estado de Derecho como sistema de garantías, ni al principio de seguridad jurídica, ni a la protección de las situaciones jurídicas en las que el ciudadano tiene derecho a confiar, ni atentan contra el principio de igualdad, ni suponen ejercicio arbitrario del poder público*».

superar²⁵⁹². Para aquellas infracciones sin víctima, la respuesta deviene obvia. Ninguna limitación jurídica desde este plano existiría para renunciar a la ejecución íntegra de la pena²⁵⁹³. Para aquellas conductas que hubieran sido castigadas más duramente, con base en la existencia de ese conflicto, también parecería razonable que, desvanecida la justificación para exigir ese *plus*, se pudieran aliviar tanto las penas como su régimen de cumplimiento²⁵⁹⁴.

Para el resto de supuestos, el escenario se complica y, aunque no se plantearía como una línea roja infranqueable, pudiéramos llegar a convenir que idealmente las penas derivadas de los delitos comunes pudieran quedar excluidas del ámbito de aplicación de los mecanismos de perdón²⁵⁹⁵ —asumiendo el modelo constitucional griego respecto de la amnistía—, siempre que no se frustrara, con ello, el objetivo de pacificación. Pero de ser impedido, no descartaríamos, *a priori*, en el terreno de la hipótesis y bajo los límites ya señalados, su posible, pero prudente inclusión²⁵⁹⁶.

Para finalizar el presente apartado, habríamos de ser capaces de dar respuesta a un oportuno interrogante que podría plantearse, cuestionando nuestra línea discursiva: si se defiende que el indulto habría de adoptar la forma legal descrita y si, en último término, se defiende su tratamiento como una cuestión de configuración legislativa, ¿por qué limitar su adopción al marco de la justicia transicional y no dejar libertad al Parlamento para su admisión indiscriminada o para su aceptación en otro tipo de supuestos distintos a aquél para el que se defiende su mantenimiento?

En primer lugar, por una cuestión de coherencia dogmática; porque la conclusión alcanzada en relación a la exploración de fines asignados a la figura (*capítulo cuarto*), reducía a este concreto ámbito su oportunidad y procedencia. Dicha medida, de aplicación excepcionalísima, precisa de una predeterminación del ámbito de aplicación legitimador reducida a los términos expuestos en esta investigación, equivalente a la que sería predicable respecto de la amnistía²⁵⁹⁷. Se trata, de este modo, de las dos formas que podría adoptar el perdón, en aquel único reducto al que ha de quedar reservado: el de la justicia de transición.

Por último, la defensa del establecimiento de tal limitación deviene de la imposibilidad de descuidar que el hecho de que se apoye hacer residir en el Parlamento la facultad de modular la ejecución de la pena para determinados sujetos en ese escenario transicional, no implica una automática superación de cualquier problemática relativa a los principios basales del Estado de Derecho analizados. Respecto de algunos, sí podría predicarse su eventual

²⁵⁹² Reflexiones sugeridas en FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo», pp. 115-118.

²⁵⁹³ FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo», p. 117.

²⁵⁹⁴ CANCIO MELIÁ, «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», pp. 65-66; FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo», pp. 117-118: «No es legítimo pretender que se mantenga un tratamiento excepcional de un determinado tipo de delincuencia cuando las razones de esa excepcionalidad han desaparecido. Otra cosa sería decidir en qué momento desaparecen, pero esto ya forma parte de otro tipo de reflexiones».

²⁵⁹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo», p. 117.

²⁵⁹⁶ En este sentido, BRODY, en entrevista concedida el 13 de marzo de 2017 en la sede Brot für die Welt (Berlín), en un viraje a la postura asumida hasta entonces, defiende la posibilidad de flexibilizar postulados y principios y no defender líneas rojas cuando de la justicia de transición se trata. Para fundamentar su cambio de postura, citó expresamente a FREEMAN.

²⁵⁹⁷ MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 4, 6.

resolución –la propia excepción al Estado de Derecho, el principio de igualdad, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el principio de legalidad de los delitos y de las penas e incluso el principio de separación o división de poderes, dado que no quedaría cuestionada la potestad jurisdiccional–. Sin embargo, otros principios –el de seguridad jurídica o el principio de cosa juzgada– y el eventual impacto en el fin de la pena²⁵⁹⁸, se verían potencialmente afectados, estarían sometidos a una modulación, cederían a favor de otros intereses pacificadores que se reputan predominantes en dicho contexto.

Atendida la persistencia de roces que no son susceptibles de eliminar completamente, entiendo que una habilitación indiscriminada que permitiera reiteradamente alterar los regímenes de ejecución de las penas no podría mantenerse. En atención a ello, considerando la necesidad de minimizar la causación de fricciones estructurales, se juzga necesario constreñir el potencial empleo de dicha medida a aquellos escenarios excepcionales para los que exclusivamente se defiende el mantenimiento de la institución.

Bajo una perspectiva de Derecho constitucional, un análisis analítico y sistémico de la figura del indulto ha permitido constatar las fricciones que genera en relación a los principios estructurales de un Estado de Derecho y proponer una alternativa dogmática a su ejercicio, acorde con el estudio que se acometió respecto de las funciones asignadas y susceptibles de ser mantenidas. ¿Cuál será entonces la conclusión definitiva que se deriva de cuanto antecede?

²⁵⁹⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», pp. 96-97; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 229-230.

[7] Conclusiones y propuestas

Encaje de la institución del indulto en el Estado de Derecho actual y compatibilidad con un derecho penal moderno

Alcanzado este punto de la investigación y aun cuando se han ido adelantando las distintas conclusiones parciales, considero conveniente recopilarlas a modo de epílogo, a los efectos de poder pronunciarnos sobre la solvencia de la tesis que sometíamos a consideración.

Cuando al inicio de este proceso de exploración enunciábamos las hipótesis de partida, hacíamos referencia a la plausible derogación del indulto en contextos de normalidad –dada la inexistencia de la pena capital en nuestro ordenamiento– y la posibilidad de acudir al empleo de esta figura en entornos calificables como de justicia de transición. Ambas hipótesis han sido corroboradas por la investigación, de forma que ni puede negarse relevancia a la figura del perdón, ni aseverar radicalmente su necesidad, ya que, conforme a los resultados obtenidos, ambas teorías compartirían (parte de) la verdad²⁵⁹⁹.

Respecto del primer grupo de casos, los entornos de normalidad, el análisis holístico de la institución (que ha comprendido el estudio de su utilización como elemento definitorio, el examen en atención a los fines que se asignan a la pena y los efectos que provoca su empleo en el Estado de Derecho) ha confirmado que, en la actualidad, el indulto es un instrumento ilegítimo u obsoleto.

Es ilegítimo en cuanto a que su empleo se llega a relacionar con fines proscritos en un Estado constitucional y democrático de Derecho –como cuando se le relaciona con celebración de efemérides– y es obsoleto en cuanto ha venido a superarse, en su papel de remiendo de legislaciones imperfectas, por otras instituciones²⁶⁰⁰. Como se ha demostrado, estas alternativas resultan más adecuadas para el fin que se pretende cubrir y, desde un punto de vista sistémico, son menos distorsionantes.

No pueden dejar de señalarse, una vez más, dos cuestiones esenciales para comprender el enfoque desde el que se constata el primer enunciado de la tesis.

En primer lugar, quiero reiterar que el análisis acometido no incide, si bien reconoce su presencia, en el abuso al que puede someterse a la institución. Su profanación o maltrato es un punto común que, de servir de vértice de arranque, nada innovador aportaría. El objetivo

²⁵⁹⁹ MILL, *Sobre la libertad*, p. 114.

²⁶⁰⁰ NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1329-1330, 1333-1334: «*Si l'on admet que le droit de grâce puise sa raison d'être dans les éventuelles défaillances de la justice pénale, le développement progressif et le perfectionnement des mécanismes du droit pénal ont pour conséquence directe sinon l'obsolescence, au moins l'affaiblissement de la prérogative présidentielle*» (p. 1333); TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 514-515: «*Parallèlement, le droit de grâce a également vu son champ d'intervention progressivement amoindri, au fur et à mesure de l'évolution de la politique pénale et de l'augmentation des pouvoirs conférés au juge d'application des peines. En effet, la diversification des modalités d'aménagement et d'individualisation des peines offre des alternatives au maintien en détention qui rendent, de plus en plus souvent, le recours en grâce inutile. En conséquence, le nombre de ces recours tend à diminuer d'année en année, de même que le nombre des grâces octroyées*» (p. 515).

con el que izó velas nuestro estudio era más ambicioso y, como se ha tenido ocasión de comprobar, se relacionaba con un estudio de la existencia y la utilización (neutra) de la figura.

La segunda cuestión que me gustaría nuevamente subrayar es que en modo alguno se ha asumido la infalibilidad del sistema jurídico como argumento que excluya al indulto por su innecesariedad y obsolescencia.

En el seno de esta investigación se ha constatado la tendencia hacia el perfeccionamiento del sistema y cómo dicha evolución ha implicado que todas las funciones legítimas que históricamente se cubrían en entornos de normalidad a través del indulto, han venido a ser asumidas por una más correcta tipificación de los hechos punibles y sus consecuencias jurídicas²⁶⁰¹; por una adecuada aplicación del derecho por parte de los jueces y la previsión de un más completo sistema de recursos; o por instituciones específicas previstas en la ley, que evoluciona a lo largo del tiempo para adaptarse a la realidad y al marco constitucional.

En este sentido se ha permitido entender y constatar las implacables reflexiones expuestas por LARNAUDE, quien ya en 1899 tildaba las medidas de gracia como un rasgo de las sociedades primitivas²⁶⁰².

Como resultado, se ha descartado que el indulto deba utilizarse para suplir defectos que podrían subsanarse a través de una modulación de la legislación penal y penitenciaria, cual cláusula de cierre²⁶⁰³ de todo el sistema penal en un Estado de Derecho o *parche multifuncional*, o que deba emplearse como instrumento de política penitenciaria gubernamental²⁶⁰⁴. Sin embargo, se reitera, dicha negativa no parte de la asunción de que nuestro sistema jurídico sea impecable.

El proceso de perfeccionamiento de la legislación penal y penitenciaria experimentado desde el siglo XIX ha conllevado que el propio sistema prevea y refuerce válvulas de seguridad, resortes, remedios y mecanismos a los que acudir cuando se concrete algún yerro. Lo expondremos con un ejemplo inequívoco: la existencia y mejora del régimen del recurso de revisión no implica que se asuma que los órganos judiciales no puedan llegar a errar, sino que expresa la intención, para el caso que ese riesgo se concrete, de asegurar que el sistema alcance la solución oportuna.

²⁶⁰¹ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, en entrevista concedida el 19 de febrero de 2015 a BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 221-223.

²⁶⁰² LARNAUDE, «Rapport sur le droit de grâce», p. 938: «*Le droit de grâce n'est plus qu'une survivance et qu'il me paraît logiquement appelé à disparaître. (...) Le droit de grâce, c'est le procédé des législations primitives; c'est l'instrument grossier qui sert à une foule d'usages. Mais, lorsque la législation se perfectionne, devient plus complexe, lorsqu'elle a des instruments plus spécialisés, mieux adaptés à leurs fins, pourquoi garder l'outil primitif, contemporain d'une civilisation, d'un regime social et politique disparus?*».

²⁶⁰³ Cfr. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 253 ss. defiende su utilidad como cláusula de cierre del sistema, la dificultad (o imposibilidad) de concebir un sistema jurídico tan perfecto que pueda permitir desterrar la institución del indulto, su utilidad cual «válvula de seguridad del sistema» para superponer la justicia material en los supuestos en los que la justicia formal se haya mostrado insuficiente e incluso contraproducente y para procurar la paz social; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1459. Vid. nota al pie 1706.

²⁶⁰⁴ Cfr. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 254.

Concluir que el indulto es un instrumento ilegítimo y obsoleto, atendidas las fricciones –a modo de constantes excepciones– que su empleo provoca en nuestro actual Estado de Derecho, conlleva proponer su derogación en entornos de normalidad. Si, como esquematizara SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, las opciones que giran alrededor de esta figura son o tendentes al afianzamiento y modernización, o restrictivas, o derogatorias²⁶⁰⁵, a la luz de las conclusiones alcanzadas, hemos de abrazar esta última línea dogmática. ¿Qué concretas propuestas se derivan de ello?

Como afirmaran BACIGALUPO ZAPATER²⁶⁰⁶ y AGUADO RENEDO²⁶⁰⁷, la existencia del indulto particular en nuestra realidad constitucional es indiscutible y, por consiguiente, mantienen, la discusión que pudiera versar sobre dicha institución solo podría girar en un plano metajurídico²⁶⁰⁸. Sin embargo y a pesar del respeto que ambos autores nos merecen, consideramos que, en coherencia con los resultados obtenidos en esta investigación, su previsión constitucional no solo debe ser discutida, sino que, producto de ese examen, habría de ser reformada.

Por consiguiente y siguiendo los postulados de ARENAL²⁶⁰⁹, pensadora que ha influido de forma innegable en mi investigación, se propone la reforma de la Constitución, para derogar el art. 62. i. CE, ex arts. 166 ss. CE –procediendo a la reenumeración del precepto–²⁶¹⁰.

Ello implica, respecto del texto de nuestra Constitución, la exigencia de eliminar el último inciso del art. 87. 3 CE, relativo a la alusión a la prerrogativa de gracia, y la supresión del art. 102. 3 CE.

En consonancia, se propone derogar también la LI y aquellas disposiciones normativas que, una vez atendida la potencialidad de los arts. 66, 81 ss. y 149. 1. 6ª CE, devendrían innecesarias, adaptando la redacción de las restantes para que consiguieran reflejar el sentido de las conclusiones.

Para ello, se efectúa una propuesta de *lege ferenda* de reforma del art. 4. 3 CP, con supresión del art. 4. 4 CP. La proposición que se sostiene implica, como se adelantó, instituir al art. 4. 3

²⁶⁰⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», pp. 4, 6.

²⁶⁰⁶ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», pp. 19, 24

²⁶⁰⁷ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 901-902, 912-913; mismo autor, «Derecho de gracia», pp. 59, 63.

²⁶⁰⁸ En contra de este tipo de argumentos, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 12-13.

²⁶⁰⁹ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 211-212: «*El pedir la supresión del derecho de gracia parece una demanda cruel; nosotros mismos nos estremecemos al formularla; pero si la mano tiembla y el corazón palpita, la razón ve claramente que es justa, humana, piadosa la reforma que quisiéramos ver realizada. (...) Sin la idea del indulto, por duros e ignorantes que fuesen los tribunales, (...) no se atreverían a dictar ciertos fallos, y se vería con evidencia que era preciso modificar las leyes, y las leyes se modificarían.*».

²⁶¹⁰ RODRÍGUEZ-DÍAZ VERGARA en VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», pp. 48-49, defiende que no haría falta tal reforma constitucional si no quisiera desapoderarse al Rey: «*lo que del art. 62,i) puede deducirse, en mi opinión, es sólo que no sería posible sin la correspondiente reforma constitucional desapoderar al Rey de sus funciones relacionadas con el derecho de gracia, pero no que deba mediar una reforma constitucional para erradicar este último.*».

Sin embargo, AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 135-143, en contra de la posibilidad de que el legislador suprima la institución del indulto por estar cubierta por una garantía institucional.

CP como la contrapartida natural e indispensable del segundo apartado del precepto, permitiendo que el Juez o Tribunal se dirija al Gobierno para promover la descriminalización de una conducta o el alivio punitivo de un determinado tipo penal. Para ese fin se propone el siguiente texto:

«2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

3. Con independencia de la facultad del Juez o Tribunal para elevar la oportuna cuestión de inconstitucionalidad de concurrir los requisitos habilitantes para ello, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación de un precepto, sin perjuicio de ejecutar la sentencia, cuando resulte penada una acción u omisión que, a su juicio, no debiera serlo o debiera llevar aparejada una consecuencia jurídica menos gravosa».

La propuesta de redacción es coherente con la postura que se defiende, basada, por un lado, en considerar que el indulto no puede acogerse como instrumento para alcanzar la proporcionalidad en la aplicación del texto de la ley, ni para individualizar la pena o su ejecución; y, por el otro, en rechazar que las pretensiones de corrección normativa se instrumentalicen a su través, en vez de acometer las modificaciones legislativas oportunas. Mejoras de la ley que también pueden acometerse a propuesta de los órganos judiciales.

En consonancia con lo anterior, proponemos que se elimine el apartado 1. 4º del art. 130 CP, unificando el régimen con la amnistía, de acuerdo con las razones que motivaron la supresión de dicha figura del art. 112. 3º CP 1973.

Por último, en lo relativo al texto normativo del CP, se propone de *lege ferenda* suprimir el segundo párrafo de la Disposición transitoria sexta y eliminar la Disposición Adicional Tercera de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba el CP.

En relación con la jurisdicción militar y toda vez que el antiguo art. 41 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, ya ha sido derogado al entrar en vigor la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar²⁶¹¹, no sería necesaria efectuar reforma alguna ya que la actual normativa no menciona el indulto y se limita a explicitar, en su Exposición de Motivos, que: *«por ser de aplicación supletoria las normas correspondientes del Código Penal, en virtud del principio de complementariedad, desaparece en el presente Código toda referencia a las normas sobre extinción de la responsabilidad penal».*

Como consecuencia de esa derogación sustantiva, la normativa procesal habría de ser igualmente adaptada. En este sentido, se sugiere eliminar la mención sobre el indulto recogida en el art. 666. 4ª y suprimir el segundo párrafo del art. 902 LECrim.

Igual suerte sufriría el tercer apartado del art. 18 LOPJ, cuya supresión se propone. Esta eliminación sería coherente con la idea de que el indulto no puede utilizarse para revisar o corregir sentencias y con la consiguiente necesidad de que el único mecanismo para modificar

²⁶¹¹ Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, publicada en el BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015.

las resoluciones judiciales sea el sistema de recursos previsto (incluido el recurso de revisión y las demandas que puedan formularse ante el Tribunal Constitucional e instancias internacionales).

En relación con la LOTJ, existirían tres preceptos susceptibles de ser modificados. Se propone, en primer lugar, que dentro del objeto del veredicto previsto en el art. 52, se excluya de su segundo apartado la inclusión de la petición o no de indulto²⁶¹², dejando inalterada la previsión sobre los beneficios de remisión condicional de la pena, conforme a nuestra idea de que, para determinadas funciones, el indulto ha sido superado por ellos.

El artículo 60 LOTJ habría de mutar de nombre, eliminándose el último inciso del título asignado al precepto y modificando el apartado 3. Se propone de *lege ferenda*, la siguiente redacción:

«3. El criterio del Jurado sobre la aplicación al declarado culpable de los beneficios de remisión condicional de la pena requerirá el voto favorable de cinco jurados».

En consonancia, se plantea la modificación del art. 61. 1. c, segundo párrafo LOTJ:

«En este apartado harán un pronunciamiento separado por cada delito y acusado. De la misma forma se pronunciarán, en su caso, sobre el criterio del Jurado en cuanto a la aplicación al declarado culpable de los beneficios de remisión condicional de la pena que se impusiere, para el caso de que concurran los presupuestos legales al efecto».

Por último y toda vez que mantengo que el indulto no debe contemplarse como un beneficio penitenciario, a favor del empleo del adelantamiento de la libertad condicional, sugiero de *lege ferenda* la modificación de la redacción dada a los arts. 202. 2 y RP, suprimiéndose el art. 206 RP (sin que sea necesaria la correspondiente reforma de la LOGP).

El art. 202. 2 RP habría de modificarse para excluir el indulto como beneficio penitenciario:

«2. Constituye, por tanto, beneficio penitenciario el adelantamiento de la libertad condicional»

Por coherencia, se defiende la supresión del art. 206 RP para reconducir los motivos que en dicho precepto se contemplan por la vía del adelantamiento de la libertad condicional, incorporando un segundo apartado al art. 205 RP cuyo tenor literal pudiera ser el siguiente:

«2. Igualmente, podrá la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, proponer al Juez de Vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta. b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad. c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social».

²⁶¹² LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 88-89, crítico con la inclusión de este extremo en el veredicto de culpabilidad.

Vid. la sentencia de la AP de León de 21 de marzo de 2017, sobre la aplicación práctica de dicho inciso.

El art. 193 RP también requeriría ser modificado para dejarlo adaptado a la derogación de la figura del indulto en entornos de normalidad. Se propone de *lege ferenda* una nueva redacción para dicho precepto:

«Artículo 193. Cómputo del tiempo cumplido.

A efectos de aplicación de la libertad condicional, cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena».

El conjunto de las modificaciones legislativas propuestas supondría reflejar la superación del indulto por otras figuras y su innecesariedad en un estadio normal, de conformidad con las conclusiones alcanzadas. En definitiva, reflejaría la posibilidad de realización práctica de la primera premisa que sometíamos a verificación y que ha sido confirmada.

Si el primer enunciado de la tesis ha podido corroborarse (resultando potencialmente realizable), lo mismo puede predicarse del segundo.

Asumiendo la idea expuesta por RODRÍGUEZ MOURULLO de que el Derecho penal es un mecanismo de resolución de conflictos que aspira a conseguir un marco de convivencia²⁶¹³, y atendiendo a que el derecho del Estado de castigar no es un fin en sí mismo²⁶¹⁴ ni es ilimitado²⁶¹⁵, en entornos de justicia de transición, no es descartable que pueda acudir al empleo del indulto para permitir la flexibilización de la ejecución de las penas, a los fines de garantizar la convivencia pacífica y la consolidación del Estado de Derecho.

Recuérdese que el concepto de etapa transicional que se ha asumido en esta investigación no queda restringido a la violación sistemática de los derechos humanos cometida en el seno de un régimen dictatorial o conflicto armado, el concepto originario y estricto, sino que se amplía²⁶¹⁶, pudiendo ser acogida, como escenario de transición, la pacificación intraestatal tras el final de una etapa marcada por el fenómeno de la violencia terrorista²⁶¹⁷. No se trataría del simple fin de su violencia, sino afrontar el proceso de reconciliación intraestatal que se experimentase y tuviera que gestionar²⁶¹⁸.

²⁶¹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy», p. 232; mismo autor, *Derecho penal, Parte general*, p. 18.

²⁶¹⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 222, 227, 230, 326-331, 469, 854, 948; MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», p. 21; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 48; PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 129-134, 194-195, 199; PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 18-19, 23-24, lo vincula al establecimiento de un Estado de Derecho democrático.

²⁶¹⁵ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 52.

²⁶¹⁶ GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», pp. 9-10.

²⁶¹⁷ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», en Cuadernos de Política Criminal núm. 30, Madrid, 1986, pp. 585-586, nota 111, para comprobar que la declaración que era suscrita por el grupo de presos por terrorismo etarra aceptando el proceso de reinserción como condición para alcanzar un eventual indulto, consignaba la pretensión de alcanzar el «logro de la pacificación y convivencia de nuestro pueblo».

AGUADO RENEDO, «Espagne», p. 402, apuntaba a hipotéticas negociaciones en 2007 con el objetivo de que la banda terrorista depusiera sus armas; BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», pp. 30-31, 37, 40-53, analiza su complejidad desde una perspectiva multinivel (Unión Europea, nivel estatal y País Vasco) señalando cuatro pilares: (i) minimización del impacto del Derecho penal; (ii) memoria inclusiva; (iii) reparación de víctimas; y (iv) garantía de no repetición; CID CEBRIÁN, «Posibilidad de

La complejidad de estas situaciones, en las que se valoran parámetros múltiples y específicos del entorno idiosincrático de la sociedad en la que son desarrollados²⁶¹⁹, exige prudencia, proporcionalidad y sensatez, para evitar asumir una solución general que, por simplista, devenga en inútil²⁶²⁰ y para prevenirnos de la defensa de axiomas categóricos que, igualmente improductivos, se pretendan irrefutables y absolutos²⁶²¹.

Por tanto, basta con indicar, para demostrar la solvencia del segundo postulado de nuestra tesis, que el potencial empleo del indulto en estos escenarios –únicos espacios donde estaría legitimada su utilización– es posible, como un mecanismo más a disposición de quienes se enfrentan a una transición y pretenden superarla satisfactoriamente.

pacificación social en el final de ETA», pp. 75-76, a favor de un indulto condicionado al cese de la violencia (ya producido), la disolución de la banda y el reconocimiento del daño causado e inviabilidad de objetivos y métodos violentos; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 186-190, supone imposible una amnistía y, por consiguiente, aboga por una política criminal de desincriminación de determinadas figuras delictivas con la consiguiente retroactividad favorable y la aplicación de indultos (que no afectaran a delitos de sangre) respetando el art. 14 CE; GALLEGO ARRIBAS, *Justicia transicional y ponderación de intereses*, pp. 44-75, a favor de comprender los contextos terroristas, excluye, sin embargo, su aplicación al caso de ETA (por ausencia de situación de necesidad subyacente), pero considera favorables determinados mecanismos, propios de la justicia restaurativa, que se están aplicando en dicho escenario; MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 2, 13-21; SÁDABA, *El perdón*, pp. 134-137, a favor, desde premisas morales.

En contra, BUESA BLANCO, «Víctimas del terrorismo y política del perdón», pp. 14-17, 19, indica que, en 2006, la opinión pública española se posicionaría en contra de otorgar medidas de gracia a terroristas, matizando que un 41% las aceptaría cuando no se tratara de delitos de sangre.

²⁶¹⁸ AGUIRRE MONASTERIO, «La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización», p. 80; MADINA, «Reflexiones sin ira de una víctima», en VV.AA., *El perdón, virtud política. En torno a Primo Levi*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2008, pp. 110-112, en 2008 veía lejana la reconciliación, pero no imposible si se instrumentalizaba a través de la reivindicación de la convivencia; MAUGERI, A. M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, pp. 82-83, recoge dos criterios de diferenciación (empleados para conflictos armados) que podrían asumirse para distinguir de los simples actos de terrorismo: nivel de intensidad y grado de organización de las partes.

Son destacables las reflexiones de SILVA SÁNCHEZ, «De nuevo, el perdón», p. 1: «*creo que el sistema del Derecho penal no puede renunciar, como último recurso, a la institución del perdón*», en relación con el anuncio de ETA del cese definitivo de su actividad armada, comunicado el 20 de octubre de 2011.

²⁶¹⁹ CALDAS BOTERO, «Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional», p. 110; BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», p. 34, incide en el papel de la sociedad civil y los múltiples agentes implicados; MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 206-208, 219-220: «*Sólo las circunstancias del caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe renunciar a la pena, a cuánto de pena y bajo qué condiciones para conservar la paz*» (p. 219); MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, p. 226; PENSKY, «Amnesty on trial», p. 25; RIEFF, *Elogio del olvido*, p. 85; STAHN, «The Geometry of Transitional Justice», pp. 425-426, 428; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 20-22.

²⁶²⁰ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 208, 218.

²⁶²¹ RIEFF, *Elogio del olvido*, pp. 148, 152-154.

En el voto particular concurrente formulado por GARCÍA-SAYÁN a la sentencia de 25 de octubre de 2012 de la CIDH, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador (al que se adhirieron cuatro Jueces): «*El hecho es que en el contexto específico de procesos de violencia generalizada y de conflictos armados no internacionales el recurso de la amnistía puede conducir, al menos teóricamente y según los casos o circunstancias específicas, a rumbos en diversas direcciones. Que plantean, en consecuencia, un abanico de posibles resultados que pueden fijar los márgenes para el ejercicio de la ponderación de los intereses en el propósito de conjugar los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, por el otro. No hay solución universalmente aplicable a los dilemas que plantea esa tensión, pues ella depende de cada contexto aunque sí hay lineamientos a tener en cuenta*».

En estos escenarios, alcanzar una convivencia pacífica puede justificar una flexibilización de la aplicación estricta de la ejecución de la pena. La excepcionalidad de las circunstancias permite que el análisis quede integrado por motivaciones extraordinarias, que han recibido el respaldo de aquellos que se han aproximado a la figura del indulto desde el análisis de las distintas teorías de justificación de la pena.

En un entorno de justicia de transición existe una situación extrema, calificable como de estado de necesidad kantiano, en la que se produce una tensión entre el deber del Estado de asegurar una convivencia pacífica que, en realidad, es el meta-deber del Estado²⁶²² (ya que los sujetos cedemos parte de nuestra libertad al Estado para alcanzar esa convivencia pacífica) y, para la figura del indulto, el castigo del delito a través de la imposición de la pena íntegramente ejecutada –que, en entornos de normalidad, se asume como condición necesaria para asegurar esa misma convivencia ante el incumplimiento de normas penales–.

Ello no implica que se acoja una postura radical en virtud de la cual se defienda que en este tipo de entornos debe renunciarse, en todo caso, a la aplicación del castigo penal íntegramente ejecutado²⁶²³. Lo que ha venido a constatarse y lo que mantenemos es que los agentes involucrados en dicho proceso pueden, de ser necesario y actuando con la máxima prudencia²⁶²⁴, acudir al indulto, en la extensión que sea requerida por las circunstancias concurrentes, como herramienta (una más) de las que componen la denominada *toolbox* de la justicia transicional²⁶²⁵.

En atención al objetivo reparador al que se orienta dicho proceso, en virtud del cual se puede llegar a reconstruir el Estado (por ejemplo, tras una guerra civil fratricida²⁶²⁶), la visión que guiará esta excepcional fase estará más cerca de la justicia restaurativa²⁶²⁷. En su seno, podrá utilizarse el indulto, si fuera requerido, para alcanzar y asegurar la convivencia pacífica.

La prudencia que debe imperar en estos procesos y que impide establecer soluciones *ex ante* y generales, también se proyecta en una doble dirección: cuantitativa y cualitativa.

²⁶²² BONDI, «Vietato vietare», pp. 267, 281; FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», pp. 147-149: «*la realización de la paz y el “nunca más” a la guerra deben representar ya sea sobre un plano teórico y filosófico o sobre aquel del derecho positivo, un objetivo político y una obligación jurídica prioritaria sobre cualquier otra*» (p. 148); MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», p. 12; MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 213-216, 217, 220-221: «*un proceso de transición presupone una tensión entre justicia y paz, pero la solución de esta tensión no puede resolverse por medio de una ponderación. La paz es siempre un interés prioritario frente a la persecución y punición de hechos ilícitos, pues la conservación de una situación de paz es la finalidad básica de cualquier forma de asociación política entre ciudadanos y el presupuesto de la convivencia entre seres humanos. Lo único que se puede transar y negociar es la justicia (punición)*» (pp. 215-216); MEINI, «La pena: función y presupuestos», pp. 143, 157-158.

²⁶²³ En un planteamiento paralelo al que esgrime respecto del olvido RIEFF, *Elogio del olvido*, pp. 86, 124-125: «*Presentar esta posibilidad no supone en modo alguno que la respuesta deba ser casi siempre negativa. Al contrario, por lo general debería ser afirmativa*» (p. 86).

²⁶²⁴ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 216.

²⁶²⁵ Vid. sección 4.4.6.3.2.2. *El indulto como instrumento utilitario para alcanzar la paz social y la concordia*.

²⁶²⁶ JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición», destaca el valor simbólico de la amnistía como clausura de la guerra civil.

²⁶²⁷ BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just deserts*, pp. 91-92, 128-129, 203-204, sobre la justicia restaurativa, su proyección en autor y víctima y la necesidad de que esta última perciba una respuesta simbólica y tangible.

La primera vertiente viene determinada por la medida de la renuncia a la ejecución íntegra de la pena. Como en cualquier conflicto de interés, y como ya advirtiera MALARINO, solo se cederá en la ejecución de la pena la cantidad justa (como sinónimo de exacta) para resolver el conflicto²⁶²⁸: «*tanta justicia como paz lo permita*»²⁶²⁹. Ello implica que no existirá alternativa –necesidad de optar entre justicia y paz–, cuando el conflicto de intereses no se presente y sea posible dirigir el procedimiento penal contra el responsable (exigiendo el cumplimiento completo de su condena) sin comprometer la convivencia pacífica²⁶³⁰.

La segunda cuestión, cualitativa, estará relacionada con la imposibilidad de asumir *a priori* líneas rojas que no solo impidan la culminación del proceso de transición, sino que ayuden a perpetuar violaciones de derechos humanos que, precisamente, se aducen como presupuesto legitimador del establecimiento de límites innegociables. Aunque ya nos hemos pronunciado sobre ello, no resulta inoportuno recalcar que si bien asumimos que debe partirse (idealmente) de la proscripción del otorgamiento de indultos cuando se trate de crímenes internacionales y violaciones de derechos humanos, dicho límite no puede enarbolarse como exigencia absoluta e incondicional, que llegue a impedir que el proceso de pacificación culmine²⁶³¹. Ni siquiera aduciendo la falta de competencia del Estado para adoptar medidas que permitan la flexibilización de una pena en relación a delitos que afectan a toda la humanidad –y sin perjuicio de respetar los compromisos internacionales que la nación haya previamente adoptado–. Asumimos, y ha quedado demostrada la posibilidad dogmática de la posición que se defiende, que todo dependerá del equilibrio y la ponderación con la que dicho proceso se realice²⁶³².

La restricción basada en la ausencia de competencia del Estado se asienta sobre la siguiente lógica²⁶³³: si los crímenes internacionales atentan contra la humanidad en su

²⁶²⁸ MALARINO, «Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas», pp. 371-375; mismo autor, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 211, 213-214, 220. Asumiendo una postura compatible, TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, p. 67: «*En aquellos contextos en que la justicia –entendida como persecución penal– suponga afectación de manera real y grave a los valores paz y estabilidad del orden democrático, ella debe ceder a favor de estos últimos, y en tal caso la utilización de las amnistías como instrumento de negociación puede lograr una función positiva dentro del proceso transicional*».

²⁶²⁹ El Presidente de Colombia, Santos Calderón, en entrevista concedida el 7 de noviembre de 2014 a Deutsche Welle, utilizó la fórmula de MALARINO para explicar el proceso de paz seguido en aquel país: «*Habrà tanta justicia como sea posible para lograr la paz, ese es el objetivo*» (<http://dw.com/p/1DIVB>, consultado el 20 de marzo de 2017).

²⁶³⁰ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 212, 219; MORRIS, M.H., «International Guidelines against Impunity: Facilitating accountability», en *Law and contemporary problems*, vol. 59, núm. 4, pp. 34-35.

²⁶³¹ FREEMAN, *Necessary Evils*, pp. 7-9, 25-26, 31; MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», p. 10: «*especialmente en contextos transicionales, el deber de protección que recae sobre el Estado puede cumplirse a través de una pluralidad de mecanismos distintos, que garanticen la investigación de los hechos y la reparación sin que ello se convierta en una persecución penal irrestricta de todos los responsables de los hechos*».

²⁶³² ALEXY, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», pp. 133-134, 135-140; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», pp. 102-113; mismo autor, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 241-263; MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 14, nota 35, 15-16.

²⁶³³ GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», p. 8, sobre el interesante constructo de la elaboración de un Derecho penal internacional mediante un Derecho penal sin soberano.

conjunto²⁶³⁴, la competencia estatal de renuncia (a la persecución de los delitos o a su castigo) no puede afectar, al verse superada, por el deber que dicho Estado asume con la humanidad²⁶³⁵ en virtud, se alega, de los instrumentos internacionales que conforman la superestructura de Derecho internacional²⁶³⁶. El hecho de que un Estado renuncie a la investigación, persecución, juicio y condena²⁶³⁷ de los (eventuales) responsables de aquéllos, podría plantearse como una violación de las obligaciones internacionales (materiales o procesales) que ese Estado ha asumido²⁶³⁸. Por consiguiente, pretender comprender en la renuncia del castigo delitos contra la humanidad, crímenes internacionales, desbordaría, se alega, la competencia estatal²⁶³⁹.

No obstante, incidamos en que este escenario será, en la práctica, residual, puesto que el ámbito material al que podrían extenderse los indultos sería modulable –pudiendo excluirse

Crítico, PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 99-110, 192, en relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, asume que la instalación de un poder penal sin un Estado mundial, sin democracia global es un retroceso. Dicha construcción, según PASTOR, rompe el nexo entre pueblo y sistema jurídico penal y es contraria a la inseparabilidad entre el Estado y el Derecho penal, provocando la traslación del sistema penal estatal al ámbito interestatal sin que existan en él ni la base social necesaria, ni los instrumentos de control jurídico y político de su ejercicio.

²⁶³⁴ MAUGERI, A. M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, pp. 70-74, no solo respecto de conflictos internacionales, sino también nacionales.

²⁶³⁵ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 163, parte de esta idea, para matizarla: «*Diese Verbrechen gehen nämlich die gesamte Menschheit etwas an, so dass davon ausgegangen wird, dass kein einzelner Staat souverän darüber entscheiden kann, ob die Täter amnestiert werden sollen oder nicht. Für diejenigen die sich solcher Verbrechen schuldig gemacht haben, gibt es inzwischen einen permanenten internationalen Strafgerichtshof. Was es aber nicht gibt, ist ein internationaler, die Menschheit vertretender Souverän, der über eine mögliche Amnestie entscheiden könnte. Insofern sind diese Verbrechen de iure nicht amnestierbar. Allerdings kann die internationale Gemeinschaft keiner nationalen Gemeinschaft verbieten, sich selbst und den sich in ihr abzeichnenden Demokratisierungsprozess durch eine Amnestie zu retten. Wo eine Gemeinschaft sich nur durch eine Amnestie vor der Wiederkehr eines Terrorregimes retten kann, hat sie keine andere Wahl, als zu amnestieren*» (p. 163).

²⁶³⁶ ORAKHELASHVILI, «Between impunity and accountability for serious international crimes», pp. 212, 224-226, 228: «*the argument that the prosecution of international crimes can be compromised by the need of national reconciliation and national choice generates certain problems in terms of the structure of the international legal system. If the relevant conduct is characterised as international crime, the fact of its commission cannot be considered as part of domestic jurisdiction. This means that the situation involving the commission of such crimes cannot be legitimately seen as the internal affair of the state or the element of internal reconciliation or transformation of the society*» (p. 212); «*The reliance on democratic legitimacy and popular will is beside the point when the compliance by the state with its international obligations is assessed. Whatever the popular will, the state still remains bound by its international obligations and its sovereign powers are qualified accordingly. Individual rights would lose their meaning if the victims of their violations cannot assert and enforce them because of some legal position created by majoritarian decision-making process*» (p. 228); TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 22, 36, 40-42.

²⁶³⁷ PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 134-143, 175, 185-186, 193, 210, incide en que los tribunales son establecidos para juzgar. Sin embargo, según PASTOR, el Estatuto de la Corte Penal Internacional parece haber instaurado un poder inclinado a condenar (compartido por las denominadas teorías contra la impunidad), que lastra el propio sistema al pretender condenar a toda costa para hacer efectivos los cánones de la ideología de la punición infinita (p. 138).

²⁶³⁸ MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», p. 5; MAUGERI, A. M., «Fundamental rights in the European legal order», pp. 395-401; YOUNG, «Amnesty and Accountability», en *UC Davis Law Review*, vol. 35, núm. 2, enero de 2002, pp. 471-473, 479-481, aunque advierte sobre la incertidumbre que existe en relación a la permisibilidad de la figura de la amnistía en Derecho internacional. En este último sentido, FREEMAN, *Necessary Evils*, p. 91.

²⁶³⁹ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 13, 17. Sin embargo, PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 6, 9-10, apunta a que dicha lectura iría en contra de la tradición (como parte de la *Realpolitik*) de que el control interno del Derecho penal es una cuestión de soberanía nacional.

los delitos de sangre o cualesquiera otros²⁶⁴⁰– y porque la tipología de delitos que suelen quedar comprendidos por las medidas de flexibilización de la justicia de transición es diametralmente opuesta: los delitos políticos y sus conexos²⁶⁴¹.

Adicionalmente, deben efectuarse dos precisiones que resultan esenciales para comprender nuestra postura. La primera es incidir en la posibilidad de condicionar el otorgamiento de indulto y de establecer mecanismos de revocación de la concesión de esta medida, para el caso de que existan incumplimientos de aquellas obligaciones²⁶⁴². En este sentido, podrían anudarse a su concesión condiciones relacionadas con la reparación a las víctimas, con el reconocimiento de la verdad o con compromisos a futuro (por ejemplo, una garantía de no repetición, cuya exigencia ya dejó apuntada HOBBS²⁶⁴³).

En segundo lugar, debe recordarse que, a diferencia de la amnistía, el indulto presupone, en cuanto requiere el dictado de una sentencia firme, la declaración y comunicación de responsabilidad del autor, la identificación de las víctimas en su condición de tales y la determinación de que el hecho era típico y contrario al ordenamiento jurídico vigente. La sentencia dictada quedaría, en este sentido y a pesar de la modulación de sus efectos, intacta; y con dicha indemnidad, los efectos que su declaración produce²⁶⁴⁴.

Ello implica que, en la práctica, asumimos que alrededor de la figura del indulto se pueda llegar a alcanzar una posición consensuada a favor de su empleo en estos entornos de transición²⁶⁴⁵

²⁶⁴⁰ Por ejemplo, art. 6 de la Ley de reconciliación nacional del Decreto Legislativo núm. 147, del 23 de enero de 1992, aprobada por la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador (publicado en el Diario Oficial de 23 de enero de 1992) –si bien fue ulteriormente reformada, el 20 de marzo de 1993, en virtud de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz– (vid. sentencia de 25 de octubre de 2012 de la CIDH, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador).

²⁶⁴¹ MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 7-8, subraya que esa obligación de investigar, perseguir y castigar solo podría predicarse, en su caso –porque defiende que no es absoluta–, respecto al núcleo de crímenes internacionales.

²⁶⁴² CALDAS BOTERO, «Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional», pp. 115-118.

²⁶⁴³ HOBBS, *De cive or the citizen*, 1642, en Ed. Appleton-Century-Crofts, Nueva York, 1949, pp. 48-49: «*The fifth precept of the law of nature is, that we must forgive him who repents and asks pardon for what is past, having first taken caution for the time to come. The pardon of what is past, or the remission of an offence, is nothing else but the granting of peace to him that asketh it, after he hath warred against us, and now is become penitent. But peace granted to him that repents not, that is, to him that retains an hostile mind, or that gives not caution for the future, that is, seeks not peace, but opportunity, is not properly peace but fear, and therefore is not commanded by nature. Now to him that will not pardon the penitent, and that gives future caution, peace itself it seems is not pleasing; which is contrary to the natural law.*».

²⁶⁴⁴ VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, p. 56; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 178.

²⁶⁴⁵ Vid. voto particular concurrente formulado por GARCÍA-SAYÁN a la sentencia de 25 de octubre de 2012 de la CIDH, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador –al que se adhirieron otros cuatro Jueces–.

Ello explica que la opción del indulto y de la conmutación de pena estuviera expresamente regulada, no vedándola aun sometiéndola a los intereses de la justicia y los principios generales del derecho, en el art. 27 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, de 8 de noviembre de 1994 («*Si conforme a la legislación aplicable del Estado en que el condenado está cumpliendo la pena de prisión, éste tiene derecho a solicitar un indulto o la conmutación de la pena si, tras haber consultado a los magistrados, lo decide así el Presidente del Tribunal Internacional para Ruanda basándose en los intereses de la justicia y los principios generales del derecho*») o en el art. 28 del Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991, de 25 de mayo de 1993 («*Si el condenado puede beneficiarse de un indulto o de una conmutación de pena en virtud de las leyes del Estado en la cual está preso, ese Estado avisa al Tribunal.*»).

que, debido al enconamiento de las posiciones que debaten en relación a la amnistía²⁶⁴⁶, resulta, respecto de esta otra figura, difícil alcanzar.

Por tanto, nada impediría que, en estos contextos extraordinarios, el Parlamento, en su papel de representante y encarnación de la voluntad soberana, pudiera adoptar medidas legislativas de flexibilización de ejecución de las penas o de concesión de indultos (*ex arts. 66, 81 ss. y 149. 1. 6ª CE*).

Con estas últimas precisiones llegamos al final de nuestra investigación, en la que se han podido verificar positivamente las dos hipótesis que se pretendían someter a consideración, que derivan en soluciones diametralmente opuestas; pues si en contextos de normalidad la respuesta alcanzada es inflexible –que no despiadada–, es la prudencia y proporcionalidad la que prima cuando lo que se aborda son situaciones de justicia de transición. Esa dualidad convierte nuestra categórica respuesta en los primeros escenarios en templada posición respecto de los segundos. Sin embargo, la moderación no debe confundirse con titubeo, puesto que, en atención a la función que debe cumplir el Derecho penal, ambos resultados se pretenden defender con la misma firmeza y con la finalidad de alcanzar una sociedad más justa, más libre, más igualitaria y en paz.

El Presidente del Tribunal, de acuerdo con los jueces, decide según los intereses de la justicia y los principios generales del derecho). Adviértase que ninguno de los dos instrumentos menciona la figura de la amnistía. Vid. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, pp. 458-465, 522, quien destaca la excepcional utilización que se ha dado a la figura del indulto en contextos transicionales (porque, en ocasiones, se han empleado para ocultar amnistías encubiertas), concluye con la posibilidad de indultar crímenes internacionales y violaciones a los derechos humanos (por no suponer una vulneración directa e inmediata del ordenamiento jurídico internacional), siempre que, según dicho autor, se acompañen de colaboración con la justicia y el arrepentimiento público; FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», p. 152, determina que si concurre la comprobación de la verdad y el resarcimiento de las víctimas no puede hablarse de impunidad; GUZMÁN ERRÁZURIZ, «Indulto presidencial y terrorismo», p. 282, con un planteamiento paralelo, respecto de los indultos generales; MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 8, 15, 17-20 (especialmente, pp. 17-18); PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 7, 20-21, 27, al resaltar las diferencias entre las amnistías y el indulto, refiere, respecto de este último, que puede no ser incompatible con la existencia de un genuino esfuerzo de afrontar e investigar los hechos criminales por parte del Estado, lo que adecuaría su conducta al art. 17 del Estatuto de Roma.

²⁶⁴⁶ PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 70-71, 73, relaciona las teorías de lucha contra la impunidad con construcciones que mantienen verdades supra-individuales absolutas.

[7] Conclusions and proposals

Place of the institution of pardon in the current rule of law and compatibility with a modern Criminal Law

Having reached this point of the investigation, and even when the various partial conclusions have been advanced, I consider it convenient to compile them as an epilogue, in order to be able to pronounce the solvency of the thesis that we submitted for consideration.

When at the beginning of this exploration process we stated the starting hypotheses, we made reference to the plausible repeal of the pardon in contexts of normality –given the inexistence of the capital punishment in our ordering– and the possibility to resort to the use of this figure in environments qualifying as transitional justice. Both hypotheses have been corroborated by research, so that neither the relevance of forgiveness can be denied nor the need to radically assert its necessity, since, according to the results obtained, both theories would share (part of) the truth²⁶⁴⁷.

As regards the first group of cases, the normality environments, the holistic analysis of the institution (which included the study of its use as a defining element, the examination in regard to the purposes assigned to the sentence and the effects caused by its employment in the rule of law) has confirmed that, at present, pardon (*indulto particular*) is an illegitimate or obsolete instrument.

It is illegitimate in that its employment is related to proscribed purposes in a constitutional and democratic state of law –as when it is related to celebration of ephemeris– and is obsolete once it has come to be overcome, in its role of patchwork of imperfect legislation, by other institutions²⁶⁴⁸. As has been shown, these alternatives are more suitable for the purpose to be covered and, from a systemic point of view, are less distorting.

Two essential questions arise to understand the approach from which the first statement of the thesis is stated, which need to be pointed out once again.

In the first place, I would like to reiterate that the analysis undertaken does not affect, even if it recognizes its presence, the abuse to which it may be subjected. Its desecration or maltreatment is a common point that, as a starting point, nothing innovative would imply. The

²⁶⁴⁷ MILL, *Sobre la libertad*, p. 114.

²⁶⁴⁸ NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», pp. 1329-1330, 1333-1334: «*Si l'on admet que le droit de grâce puise sa raison d'être dans les éventuelles défaillances de la justice pénale, le développement progressif et le perfectionnement des mécanismes du droit pénal ont pour conséquence directe sinon l'obsolescence, au moins l'affaiblissement de la prérogative présidentielle*» (p. 1333); TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», pp. 514-515: «*Parallèlement, le droit de grâce a également vu son champ d'intervention progressivement amoindri, au fur et à mesure de l'évolution de la politique pénale et de l'augmentation des pouvoirs conférés au juge d'application des peines. En effet, la diversification des modalités d'aménagement et d'individualisation des peines offre des alternatives au maintien en détention qui rendent, de plus en plus souvent, le recours en grâce inutile. En conséquence, le nombre de ces recours tend à diminuer d'année en année, de même que le nombre des grâces octroyées*» (p. 515).

object with which our candles were hoisted was more ambitious and, as we have seen, was related to a study of the existence and (neutral) use of the figure.

The second issue that I would like to emphasize again is that in no way has the infallibility of the legal system been assumed as an argument that excludes pardon for its unnecessary nature and obsolescence.

Within this research the tendency towards the improvement of the system has been verified and how this evolution has implied that all the legitimate functions that historically were covered in normal environments through the pardon, have come to be assumed by a more correct definition of the elements of punishable acts and their legal consequences²⁶⁴⁹; by an adequate application of the law by the judges and the provision of a more complete system of resources; or by specific institutions foreseen in the law, that evolves over time to adapt to the reality and the constitutional framework.

In this sense, it has been possible to understand and verify the implacable reflections exposed by LARNAUDE, who already in 1899 called the measures of grace as a feature of primitive societies²⁶⁵⁰.

As a result, it has been ruled out that pardon should be used to correct defects that could be remedied through a modulation of criminal and prison legislation, a closing clause²⁶⁵¹ of the entire criminal system in a state of law or *multifunctional patch*, or that it would be used as an instrument of government penitentiary policy²⁶⁵². But, it is reiterated, such refusal is not part of the assumption that our legal system is flawless.

The process of perfecting the criminal and penitentiary legislation experienced since the nineteenth century has meant that the system itself envisages and reinforces safety valves, methods, remedies and mechanisms to go to when a mistake is made. We will explain it with an unambiguous example: the existence and improvement of the review of sentence procedure (*recurso de revisión*) does not imply that it is assumed that the judicial bodies cannot err, but expresses the intention, in the event that such a risk materializes, to ensure that the system achieves the timely solution.

To conclude that pardon is an illegitimate and obsolete instrument, given the frictions –as a constant exception– that their use provokes in our current State of Law, means proposing its

²⁶⁴⁹ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, in an interview given on February 19, 2015 to BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono*, pp. 221-223.

²⁶⁵⁰ LARNAUDE, «Rapport sur le droit de grâce», p. 938: «*Le droit de grâce n'est plus qu'une survivance et qu'il me paraît logiquement appelé à disparaître. (...) Le droit de grâce, c'est le procédé des législations primitives; c'est l'instrument grossier qui sert à une foule d'usages. Mais, lorsque la législation se perfectionne, devient plus complexe, lorsqu'elle a des instruments plus spécialisés, mieux adaptés à leurs fins, pourquoi garder l'outil primitif, contemporain d'une civilisation, d'un régime social et politique disparus?*».

²⁶⁵¹ Cf. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 253 ff. defends its usefulness as the closing clause of the system, the challenge (or impossibility) to conceive such a perfect legal system where the figure of pardon could become needless and the helpful role of pardon as «safety valve» to superimpose the (material) justice in cases where the formal justice has shown itself to be insufficient (and even counterproductive) or to achieve the social peace; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*, p. 1459. Vid. footnote 1706.

²⁶⁵² Cf. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, p. 254.

repeal in a normal environment. If, as SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES sketches out, the options that revolve around this figure are either tending towards strengthening and modernization, or restrictive, or derogatory²⁶⁵³, in the light of the conclusions reached, we have to embrace this last dogmatic line. What concrete proposals are derived from this?

As BACIGALUPO ZAPATER²⁶⁵⁴ and AGUADO RENEDO²⁶⁵⁵ affirmed, the existence of pardon (*indulto particular*) in our constitutional reality is indisputable and, therefore, they maintain, the discussion that could be about that institution could only revolve in a meta-legal aspect²⁶⁵⁶. Nevertheless, and despite the respect that both authors deserve, we consider that, consistent with the results obtained in this investigation, its constitutional provision should not only be discussed, but, as a result of that examination, it would have to be reformed.

Consequently and following the postulates of ARENAL²⁶⁵⁷, thinker who has undeniably influenced my research, reform of the Constitution is proposed to repeal art. 62. i. SC ex arts. 166 ff. SC –proceeding to the renumbering of precept–²⁶⁵⁸.

This implies, on the text of our Constitution, the requirement to eliminate the last paragraph of art. 87. 3 SC, concerning the reference to the prerogative of mercy, and suppression of art. 102. 3 SC.

Accordingly, it is also proposed to repeal the LI and those regulatory provisions that once served the potentiality of the arts. 66, 81 ff. and 149. 1. 6th SC would become unnecessary, adapting the wording of the remaining for them to get reflect the meaning of the findings.

To this end, a *lege ferenda* proposal for reform to art 4. 3 CP is made, with suppression art. 4. 4 CP. The proposition implies, as we anticipated, the instituting art 4. 3 CP as natural and indispensable counterpart of the second paragraph of the provision allowing the judge or court approach the Government to promote the decriminalization of conduct or punitive relief of a particular offense. To that end, the following wording is proposed:

²⁶⁵³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», pp. 4, 6.

²⁶⁵⁴ BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», pp. 19, 24

²⁶⁵⁵ AGUADO RENEDO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», pp. 901-902, 912-913; same author, «Derecho de gracia», pp. 59, 63.

²⁶⁵⁶ Against this sort of arguments, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», pp. 12-13.

²⁶⁵⁷ ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, pp. 211-212: «*El pedir la supresión del derecho de gracia parece una demanda cruel; nosotros mismos nos estremecemos al formularla; pero si la mano tiembla y el corazón palpita, la razón ve claramente que es justa, humana, piadosa la reforma que quisiéramos ver realizada. (...) Sin la idea del indulto, por duros e ignorantes que fuesen los tribunales, (...) no se atreverían a dictar ciertos fallos, y se vería con evidencia que era preciso modificar las leyes, y las leyes se modificarían*».

²⁶⁵⁸ RODRÍGUEZ-DÍAZ VERGARA in VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», pp. 48-49, claims that it is not necessary to reform the Constitution, if we do not want to disempower the King: «*lo que del art. 62,i) puede deducirse, en mi opinión, es sólo que no sería posible sin la correspondiente reforma constitucional desapoderar al Rey de sus funciones relacionadas con el derecho de gracia, pero no que deba mediar una reforma constitucional para erradicar este último*».

However, AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, pp. 135-143, against the possibility that the lawmaker abolishes the institution, because it is covered by an institutional guarantee.

«2. In the event that a judge or court in the exercise of its jurisdiction, becomes aware of any act or omission which, without being punished by the law deems worthy of repression, will refrain from any procedure on it and expose the Government's reasons to assist it to believe it should be subject to criminal sanction.

3. Regardless of the power of the judge or court to raise the question of unconstitutionality timely to attend the qualifying requirements for it, it will go to the Government stating how convenient for the repeal or amendment of a provision, without prejudice to enforce the judgment, when it is punishable act or omission which, in his view, should not be or should be accompanied by a less burdensome legal consequence».

The proposed wording is consistent with the position that is defended here, based on one hand, on the consideration that the pardon does not qualify as an instrument to achieve proportionality in the application of the text of the law, or to individualize the sentence or execution; and, on the other hand, in rejecting the claims of normative correction instrumentalized, rather than undertake the necessary legislative changes. Improvements to the law that could be addressed on a proposal from the judicial bodies.

In line with the above, we propose that paragraph 4 of Article 130. 1 CP is deleted, unifying the regime with amnesty, according to the reasons for the suppression of the mentioned figure from art. 112. 3º CP 1973.

Finally, with regard to the regulatory text of the CP, it is proposed *lege ferenda* to delete the second paragraph of the Sixth Transitory provision and eliminate Additional Provision Three of the LO 1/2015, of March 30, 2015, amending the Penal Code.

Regarding military jurisdiction and given that the former art. 41 of the Organic Law 13/1985 of December 9, Military Penal Code²⁶⁵⁹ has been repealed upon entry into force of Organic Law 14/2015, October 14, on the Military Penal Code, it would not be necessary to make amendments since the current legislation does not mention the pardon and merely explains, in its explanatory memorandum, that: *«to be of supplementary application the relevant provisions of the Criminal Code, under the principle of complementarity, implied the disappearance in this Code of any reference to the rules on termination of criminal responsibility».*

As a result of that substantive repeal, procedural rules would be equally suitable. In this regard, it is suggested to remove the mention of pardon contained on art. 666. 4th and delete the second paragraph of the art. 902 LECrim.

The same fate would suffer the third paragraph of art. 18 LOPJ, whose deletion is proposed. This removal would be consistent with the idea that a pardon cannot be used to check or correct judgments and the consequent need for the only mechanism to modify judgments is the system of remedies provided (including the review of sentence procedure *–recurso de revisión–* and demands that can be submitted before the Constitutional Court and international bodies].

²⁶⁵⁹ Organic Law 14/2015, October 14, on the Military Penal Code, published in the BOE num. 247, October 15, 2015.

Regarding the LOTJ, there would be three provisions which may vary. It is proposed, first, that within the scope of the verdict referred to in art. 52, to exclude from its second section the inclusion of the request or pardon²⁶⁶⁰, leaving unchanged the forecast on the benefits of conditional remission of sentence, according to our idea that, for certain functions, pardon has been overtaken by them.

Article 60 LOTJ would mutate its name, removing the last paragraph of the title assigned to the precept and by modifying paragraph 3. It is proposed *lege ferenda*, as follows:

«3. Jury discretion over the application to the person declared guilty of the benefits of conditional remission of sentence will require the affirmative vote of five judges».

Accordingly, the amendment of art 61. 1. c, second paragraph LOTJ arises:

«This section will make a separate pronouncement for each offense and condemned individual. In the same way, they will vote, if any, on the discretion of the jury as to the application to the culprit of the declared benefits on conditional remission of sentence, in the case of presenting the legal prerequisites».

Finally, and whilst I maintain that the pardon should not be seen as a penitentiary benefit for employment of advancement of probation, I suggest *lege ferenda* modifying the wording of arts. 202. 2 and RP, suppressing art. 206 RP (without the corresponding LOGP reform needed).

The art. 202. 2 RP should be amended to exclude pardon as penitentiary benefit:

«2. It therefore constitutes a penitentiary benefit the advancement of probation».

For consistency, the suppression of art 206 RP is defended to redirect the reasons referred to in that provision by way of advancement of probation, incorporating a second section to art. 205 RP whose wording could be:

«2. The Treatment Body is also entitled to, following a proposal of the Technical Team, propose the competent Prison Oversight Judge an advance parole for prisoners which meet, continuously for a minimum of two years and to a degree that could be qualified as extraordinary, each and every one of the following circumstances: a) good behaviour. b) performance of a normal working activity, either at the property or outside, that can be considered useful for their preparation for life in freedom. c) participation in the activities of rehabilitation and social reintegration»

The art. 193 RP also requires modification to be adapted to repeal the figure pardon in normal environments. It is proposed de *lege ferenda* a new wording for that provision:

«Article 193. Computation of time served.

²⁶⁶⁰ LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto*, pp. 88-89, critic with the inclusion of this reference in the ruling of the guilty verdict.

Vid. Judgment of the AP of León, March 21, 2017, about the practical implementation of the mentioned paragraph.

For the purposes of parole, when the prisoner suffers two or more sentences of imprisonment, the sum thereof shall be considered as a single conviction for calculating three-quarters or, where appropriate, two-thirds of the sentence».

The set of proposed legislative changes would reflect the figure of pardon being superseded by other figures and unnecessary nature under normal circumstances, in accordance with the conclusions reached. Ultimately it reflects the possibility of practical realization of the first premise subjected to the first verification and which has been confirmed.

If the first statement of the thesis has been corroborated (resulting potentially achievable), the same can be predicated of the second.

Assuming the representation of RODRÍGUEZ MOURULLO that criminal law is a mechanism for conflict resolution that aims to achieve a framework of coexistence²⁶⁶¹, and considering that the State's right to punish is not an end in itself²⁶⁶² nor is unlimited²⁶⁶³, in environments of transitional justice it is not ruled out that pardon can be used to allow flexibility in the enforcement of sentences, in order to ensure peaceful coexistence and strengthening the rule of law.

Recall that the concept of transitional stage which has been taken in this research is not restricted to the systematic violation of human rights committed within a dictatorial regime or armed conflict, the original and strict concept, but expands²⁶⁶⁴ and can be accepted as a transition scenario, the intra-State pacification after the end of a stage marked by the phenomenon of terrorist violence²⁶⁶⁵. It would not be the simple end of

²⁶⁶¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy», p. 232.

²⁶⁶² FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 222, 227, 230, 326-331, 469, 854, 948; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 48; PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 129-134, 194-195, 199; PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 18-19, 23-24, links it to establish a democratic rule of law.

²⁶⁶³ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, p. 52.

²⁶⁶⁴ GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», pp. 9-10.

²⁶⁶⁵ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», in Cuadernos de Política Criminal, num. 30, Madrid, 1986, pp. 585-586, footnote 111, to check that the statement was signed by a group of prisoners convicted of terrorism (ETA), accepting the reintegrating process as condition to reach a granted pardon, he underlines the purpose of reaching the «*logro de la pacificación y convivencia de nuestro pueblo*».

AGUADO RENEDO, «Espagne», p. 402, points out the hypothetical meetings held in 2007, in order to achieve the laying down of arms; BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», pp. 30-31, 37, 40-53, analyses the complexity under a multi-level perspective (European Union, State and Basque country) underlying four pillars: (i) minimise the impact of Criminal Law; (ii) inclusive memory; (iii) reparations to victims; and (iv) guarantee of non-repetition; CID CEBRIÁN, «Posibilidad de pacificación social en el final de ETA», pp. 75-76, in favour of granting a conditional pardon once the violence stops (what has already occurred), the group disbanded and the recognition of the harm caused and the unfeasibility of goals through violence; CUERDA RIEZU, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», pp. 186-190, considers impossible an amnesty to be ruled and, therefore, defends a criminal policy of desincrimination of some offences (and the retroactivity of such reform) and the granting of pardons (excluding bloody crimes), in compliance with art. 14 SC; GALLEGO ARRIBAS, *Justicia transicional y ponderación de intereses*, pp. 44-75, in support of considering the terrorist context too, excludes, however, its application in ETA case (because of a lack of underlying necessity), but finds favourable certain mechanisms, typical of restorative justice schemes that have been carried out in such scenarios; MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 2, 13-21; SÁDABA, *El perdón*, pp. 134-137, supporter, from moral premises. Against, BUESA BLANCO, «Víctimas del terrorismo y política del perdón», pp. 14-17, 19, underlines that, in 2006, the public opinion would be opposed to grant any kind of clemency measure to terrorists, emphasising that 41% would accept them as long as it does not involve bloody crimes.

this violence, but face the process of intra-State reconciliation which would be experienced and would have to be managed²⁶⁶⁶.

The complexity of these situations, where multiple and specific parameters idiosyncratic to the environment of the society in which they are developed²⁶⁶⁷ enter the scene, requires prudence, proportionality and good sense, to avoid taking an overall simplistic solution, which could become useless²⁶⁶⁸ and to prevent us from categorical defence of axioms that, equally unproductive, are intended irrefutable and absolute²⁶⁶⁹.

Therefore, sufficient to indicate, to demonstrate the solvency of the second postulate of our thesis, that the potential use of clemency in these scenarios –the only spaces where their utilization is legitimate– is possible, as one more mechanism available to those facing a transition which they are looking to successfully overcome.

In these scenarios, a peaceful coexistence can justify a relaxation of the strict implementation of the execution of the sentence. The exceptional nature of the circumstances allows the analysis to be integrated by extraordinary motives, which have received the support of those who have approached the figure of pardon from the analysis of the different theories of justification of punishment.

In an environment of transitional justice an extreme situation exists, qualified as a Kantian state of necessity, in which a tension between the state's duty to ensure peaceful coexistence

²⁶⁶⁶ AGUIRRE MONASTERIO, «La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización», p. 80; MADINA, «Reflexiones sin ira de una víctima», en VV.AA., *El perdón, virtud política. En torno a Primo Levi*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2008, pp. 110-112, wrote in 2008 that reaching a reconciliation stage looks so far away for him, but not impossible if executed through the demand for coexistence; MAUGERI, A. M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, pp. 82-83, offers two differentiation criteria (used for armed conflicts) that can be assumed for distinguishing from *simple* terrorist acts: level of intensity and degree of organization of the parties.

Remarkable, the considerations of SILVA SÁNCHEZ, «De nuevo, el perdón», p. 1: «*creo que el sistema del Derecho penal no puede renunciar, como último recurso, a la institución del perdón*», regarding ETA's announcement of a permanent ceasefire on October 20, 2011.

²⁶⁶⁷ CALDAS BOTERO, «Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional», p. 110; BENGOTXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice», p. 34, underscores the role of the civil society and the diversity of actors concerned; MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 206-208, 219-220: «*Sólo las circunstancias del caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe renunciar a la pena, a cuánto de pena y bajo qué condiciones para conservar la paz*» (p. 219); MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional?*, p. 226; PENSKY, «Amnesty on trial», p. 25; RIEFF, *Elogio del olvido*, p. 85; STAHN, «The Geometry of Transitional Justice», pp. 425-426, 428; TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 20-22.

²⁶⁶⁸ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 208, 218.

²⁶⁶⁹ RIEFF, *Elogio del olvido*, pp. 148, 152-154.

In the concurring opinion of GARCÍA-SAYÁN to the Judgment of October 25, 2012 before the CIDH, Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador case (that four other Judges join): «*El hecho es que en el contexto específico de procesos de violencia generalizada y de conflictos armados no internacionales el recurso de la amnistía puede conducir, al menos teóricamente y según los casos o circunstancias específicas, a rumbos en diversas direcciones. Que plantean, en consecuencia, un abanico de posibles resultados que pueden fijar los márgenes para el ejercicio de la ponderación de los intereses en el propósito de conjugar los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, por el otro. No hay solución universalmente aplicable a los dilemas que plantea esa tensión, pues ella depende de cada contexto aunque sí hay lineamientos a tener en cuenta*».

that, in fact, is the meta-duty of the State²⁶⁷⁰ (since as subjects we give up part of our freedom to the State to achieve that peaceful coexistence) and, for the figure of pardon, the punishment of the crime through the imposition of a sentence fully served –which, in normal environments, is assumed to be necessary to ensure that same coexistence with regards to the breach of criminal Law–.

This does not imply a radical stance under which it would be defended that in those environments it should be waived in any case, the application of criminal punishment fully executed²⁶⁷¹. What has been stated and we maintain is that the agents involved in this process may, if necessary and acting with the utmost caution²⁶⁷², seek pardon, to the extent that it is required by the circumstances, as a tool (one of them) of the so-called toolbox of transitional justice²⁶⁷³.

In light of the objective to repair to which this process is oriented, whereby you can get to rebuild the State (for example, after a fratricidal civil war²⁶⁷⁴), the vision that guides this exceptional phase will be closer to restorative justice²⁶⁷⁵. Within it, pardon may be used, if required, to achieve and ensure peaceful coexistence.

Prudence should prevail in these processes and that prevents the establishment of *ex ante* and general solutions, also projected in two directions: quantitative and qualitative.

The first aspect is determined by the moderation of the renunciation of full execution of the sentence. As in any conflict of interest, as already warned by MALARINO, just the right amount (as synonymous with accurate) will be transferred in the execution of sentence to resolve the conflict²⁶⁷⁶: «*as much justice as peace permits*»²⁶⁷⁷. This means that there will be no alternative

²⁶⁷⁰ FERRAJOLI, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», pp. 147-149: «*la realización de la paz y el “nunca más” a la guerra deben representar ya sea sobre un plano teórico y filosófico o sobre aquel del derecho positivo, un objetivo político y una obligación jurídica prioritaria sobre cualquier otra*» (p. 148); MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», p. 12; MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 213-216, 217, 220-221: «*un proceso de transición presupone una tensión entre justicia y paz, pero la solución de esta tensión no puede resolverse por medio de una ponderación. La paz es siempre un interés prioritario frente a la persecución y punición de hechos ilícitos, pues la conservación de una situación de paz es la finalidad básica de cualquier forma de asociación política entre ciudadanos y el presupuesto de la convivencia entre seres humanos. Lo único que se puede transar y negociar es la justicia (punición)*» (pp. 215-216); MEINI, «La pena: función y presupuestos», pp. 143, 157-158.

²⁶⁷¹ Following a parallel approach (about forgetting), RIEFF, *Elogio del olvido*, pp. 86, 124-125: «*Presentar esta posibilidad no supone en modo alguno que la respuesta deba ser casi siempre negativa. Al contrario, por lo general debería ser afirmativa*» (p. 86).

²⁶⁷² MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», p. 216.

²⁶⁷³ Vid. section 4.4.6.3.2.2. Pardon as a utilitarian instrument to reach the social peace and concord.

²⁶⁷⁴ JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición», stresses the symbolic value of the amnesty, as closing of the civil war.

²⁶⁷⁵ BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just deserts*, pp. 91-92, 128-129, 203-204, about the restorative justice, its impact in both perpetrator and victim and the necessity for the victims to perceive a symbolic and tangible response.

²⁶⁷⁶ MALARINO, «Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas», pp. 371-375; same author, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 211, 213-214, 220. Assuming a compatible position, TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, p. 67: «*En aquellos contextos en que la justicia –entendida como persecución penal– suponga afectación de manera real y grave a los valores paz y estabilidad del orden democrático, ella debe ceder a favor de estos últimos, y en tal caso la utilización de las amnistías como instrumento de negociación puede lograr una función positiva dentro del proceso transicional*».

–need to choose between justice and peace–, when the conflict of interest is not present and it is possible to direct the criminal proceedings against the responsible (demanding the complete fulfilment of his sentence) without compromising peaceful coexistence²⁶⁷⁸.

The second question, qualitative, will be related to the inability to assume *a priori* red lines which will not only prevent the completion of the transition process, but help to perpetuate human rights violations, which precisely, are adduced as legitimizing prerequisite setting non-negotiable limits. Although we have already spoken about it, it is not inopportune to emphasize that although we assume that it must be assumed (ideally) the proscription of granting pardons in the case of international crimes and human rights violations, this limit cannot be presented as absolute and unconditional requirement that arrives to prevent the peace process succeeds²⁶⁷⁹. Even citing the lack of competence of the State to adopt measures that allow flexibility of a penalty in relation to crimes affecting all mankind-and without prejudice to respect international commitments previously adopted by the Nation. We assume, and the dogmatic possibility of the position that we defend has been demonstrated, that everything depends on the balance and weight with which this process takes place²⁶⁸⁰.

The restriction based on the lack of competence of the State is based on the following logic²⁶⁸¹: if international crimes threaten humanity as a whole²⁶⁸², the state competition waiver (to the prosecution of crimes or punishment) can not affect, as it would be overtaken by the duty that the State assumes with humanity²⁶⁸³, hence, it is alleged,

²⁶⁷⁷ The President of Colombia, Santos Calderón, in an interview given on November 7, 2014 to Deutsche Welle, used MALARINO's quote to explain the freedom process carried out in that country: «*Habrà tanta justicia como sea posible para lograr la paz, ese es el objetivo*» (<http://dw.com/p/1DIVB>, accessed on March, 20, 2017).

²⁶⁷⁸ MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía», pp. 212, 219; MORRIS, M.H., «International Guidelines against Impunity: Facilitating accountability», in *Law and contemporary problems*, vol. 59, num. 4, pp. 34-35.

²⁶⁷⁹ FREEMAN, *Necessary Evils*, pp. 7-9, 25-26, 31; MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», p. 10: «*especialmente en contextos transicionales, el deber de protección que recae sobre el Estado puede cumplirse a través de una pluralidad de mecanismos distintos, que garanticen la investigación de los hechos y la reparación sin que ello se convierta en una persecución penal irrestricta de todos los responsables de los hechos*».

²⁶⁸⁰ ALEXY, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», pp. 133-134, 135-140; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los límites de la amnistía», pp. 102-113; same author, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», pp. 241-263; MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», pp. 14, footnote 35, 15-16.

²⁶⁸¹ GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», p. 8, about the interesting construct of developing an International Criminal Law through a Criminal Law without sovereign.

Critical, PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 99-110, 192, regarding the Statute of the International Criminal Court, assumes that the establishment of a criminal power without a worldwide State, without global democracy is a regression. Such a construction, in his opinion, breaks the link between the people and the system of Criminal Law, and it is contrary to the inseparability of State and Criminal Law. That provokes a transfer from the criminal system of the State to an Inter-state framework, without the social basis and without the mechanisms to (legal and political) control its exercise.

²⁶⁸² MAUGERI, A. M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, pp. 70-74, not only with regard to international conflicts, but also those regarding the national level.

²⁶⁸³ CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 163, on this assumption, to qualify: «*Diese Verbrechen gehen nämlich die gesamte Menschheit etwas an, so dass davon ausgegangen wird, dass kein einzelner Staat souverän darüber entscheiden kann, ob die Täter amnestiert werden sollen oder nicht. Für diejenigen die sich solcher Verbrechen schuldig gemacht haben, gibt es inzwischen einen permanenten internationalen Strafgerichtshof. Was es aber nicht gibt, ist ein internationaler, die Menschheit vertretender Souverän, der über eine mögliche Amnestie entscheiden könnte. Insofern sind diese Verbrechen de iure nicht*

international instruments that make up the superstructure of international law²⁶⁸⁴. The fact that a State foregoes investigation, prosecution, trial and conviction²⁶⁸⁵ of those responsible for serious human rights violations, could be viewed as a violation of international obligations (material or procedural) that State has taken²⁶⁸⁶. Therefore, to aim to include in the waiver of punishment crimes against humanity, international crimes, would overflow, it is alleged, the competence of the State²⁶⁸⁷.

However, focusing on this scenario is, in practice, residual, since the material realm that could extend pardons would be flexible –enabling the exclusion of violent crimes or any others²⁶⁸⁸– and because the types of crimes that usually are covered by measures of flexibility of transitional justice it is diametrically opposed: the political and related crimes²⁶⁸⁹.

In addition, two observations must be made, that are essential to understanding our position. The first is to influence the ability to condition the granting of pardon and to establish mechanisms to revoke the granting of this measure for any breach of those obligations²⁶⁹⁰. In this respect, they might link its concession conditions related to reparations for victims, in

amnestierbar. Allerdings kann die internationale Gemeinschaft keiner nationalen Gemeinschaft verbieten, sich selbst und den sich in ihr abzeichnenden Demokratisierungsprozess durch eine Amnestie zu retten. Wo eine Gemeinschaft sich nur durch eine Amnestie vor der Wiederkehr eines Terrorregimes retten kann, hat sie keine andere Wahl, als zu amnestieren» (p. 163).

²⁶⁸⁴ ORAKHELASHVILI, «Between impunity and accountability for serious international crimes», pp. 212, 224-226, 228: «*the argument that the prosecution of international crimes can be compromised by the need of national reconciliation and national choice generates certain problems in terms of the structure of the international legal system. If the relevant conduct is characterised as international crime, the fact of its commission cannot be considered as part of domestic jurisdiction. This means that the situation involving the commission of such crimes cannot be legitimately seen as the internal affair of the state or the element of internal reconciliation or transformation of the society*» (p. 212); «*The reliance on democratic legitimacy and popular will is beside the point when the compliance by the state with its international obligations is assessed. Whatever the popular will, the state still remains bound by its international obligations and its sovereign powers are qualified accordingly. Individual rights would lose their meaning if the victims of their violations cannot assert and enforce them because of some legal position created by majoritarian decision-making process*» (p. 228); TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, pp. 22, 36, 40-42.

²⁶⁸⁵ PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 134-143, 175, 185-186, 193, 210, underlines that the Courts are established to judge. Nevertheless, PASTOR points out that the Statute of the International Criminal Court seems to establish a power *inclined* to condemn (as the theories against the impunity defend), that burdens the system itself, by seeking to condemn at all costs to fulfil the canons of the so-called «endless punitive ideology» (p. 138).

²⁶⁸⁶ MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición», p. 5; MAUGERI, A. M., «Fundamental rights in the European legal order», pp. 395-401; YOUNG, «Amnesty and Accountability», in *UC Davis Law Review*, vol. 35, num. 2, January 2002, pp. 471-473, 479-481, whilst warns for the uncertainty that exists regarding the permissibility of amnesty under International Law. On the latter point, FREEMAN, *Necessary Evils*, p. 91.

²⁶⁸⁷ MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, pp. 13, 17. Notwithstanding, PENSKY, «Amnesty on trial», pp. 6, 9-10, remarks that such an interpretation goes against the tradition (as part of the *Realpolitik*), which implies the assumption of internal control of Criminal Law as a matter of national sovereignty.

²⁶⁸⁸ For instance, art. 6 of the National Reconciliation Law passed by the Legislative Decree num. 147, January 23, 1992, adopted by the National Legislative Assembly of the Republic of El Salvador (published in *Diario Oficial*, January 23, 1992) –even though it was amended, on October 20, 1993, by the General Amnesty Law for the Consolidation of the Peace– (vid. Ruling of the CIDH, October 25, 2012 *Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador* case).

²⁶⁸⁹ MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo», pp. 7-8, stresses that this obligation to investigate, prosecute and punish it could only, if appropriate –because she maintains that it doesn't exist an absolute obligation–, be applied to the international crimes' core.

²⁶⁹⁰ CALDAS BOTERO, «Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional», pp. 115-118.

recognition of the truth or forward commitments (such as a guarantee of non-repetition, which HOBBS already pointed out²⁶⁹¹).

Second, it must be remembered that, unlike the amnesty, pardon presupposes, as it requires the issuance of a final judgment, the declaration and communication of responsibility of the author, the identification of victims in their capacity as such, and the determination that the fact was a crime offence and contrary to existing law. The judgment handed down would be, in this sense and despite the modulating effects, intact; and with such indemnity, also the effects produced by its statement²⁶⁹².

This means that, in practice, we assume that around the figure of pardon a consensus position can be reached for its use in these environments of transition²⁶⁹³ that, due to the bitterness of the positions discussed in relation to amnesty, it is²⁶⁹⁴, with respect to this other figure, difficult to achieve.

²⁶⁹¹ HOBBS, *De cive or the citizen*, 1642, in Appleton-Century-Crofts, New York, 1949, pp. 48-49: «*The fifth precept of the law of nature is, that we must forgive him who repents and asks pardon for what is past, having first taken caution for the time to come. The pardon of what is past, or the remission of an offence, is nothing else but the granting of peace to him that asketh it, after he hath warred against us, and now is become penitent. But peace granted to him that repents not, that is, to him that retains an hostile mind, or that gives not caution for the future, that is, seeks not peace, but opportunity, is not properly peace but fear, and therefore is not commanded by nature. Now to him that will not pardon the penitent, and that gives future caution, peace itself it seems is not pleasing; which is contrary to the natural law*».

²⁶⁹² VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, p. 56; ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, p. 178.

²⁶⁹³ Vid. concurring opinion of GARCÍA-SAYÁN to the Judgment of October 25, 2012 before the CIDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador* case (that four other Judges join).

That explains why the option of pardons and commutation was expressly addressed, not banning it, but subjecting it to the interest of justice and the general principles of law, as it is set forth in art. 27 of the Statute of the International Tribunal for Rwanda, November, 8, 1994 («*If, pursuant to the applicable law of the State in which the convicted person is imprisoned, he or she is eligible for pardon or commutation of sentence, the State concerned shall notify the International Tribunal for Rwanda accordingly. There shall only be pardon or commutation of sentence if the President of the International Tribunal for Rwanda, in consultation with the judges, so decides on the basis of the interests of justice and the general principles of law*») or in art. 28 of the Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, May, 25, 1993 («*If, pursuant to the applicable law of the State in which the convicted person is imprisoned, he or she is eligible for pardon or commutation of sentence, the State concerned shall notify the International Tribunal accordingly. The President of the International Tribunal, in consultation with the judges, shall decide the matter on the basis of the interests of justice and the general principles of law*»). Note that any of those Statutes mentioned the figure of amnesty.

Vid. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, pp. 458-465, 522, noting the exceptional use of pardons within transitional scenarios (because, sometimes, they were used to hide amnesties), concludes with the possibility to grant pardons regarding crimes under international law and human rights violations (because they do not represent a direct and immediate unlawful infringement of the international law), as long as, according to this author, the perpetrator collaborates with the justice and shows repentance; FERRAJOLI, «*La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*», p. 152, determines that there is no impunity if the verification of the truth and the reparation to victims are completed; GUZMÁN ERRÁZURIZ, «*Indulto presidencial y terrorismo*», p. 282, following a parallel approach, regarding general pardons; MACULAN, «*Amnistías e indultos en la justicia de transición*», pp. 8, 15, 17-20 (especially, pp. 17-18); PENSKY, «*Amnesty on trial*», pp. 7, 20-21, 27, through highlighting differences between amnesties and pardons, refers, regarding the latter, that it cannot be seen as incompatible with a genuine effort to face and investigate the facts by the State, adjusting its conduct as laid down in art. 17 of the Rome Statute.

²⁶⁹⁴ PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, pp. 70-71, 73, compares the *theories against the impunity* with constructions that maintain absolute supra-individual truths.

Therefore, nothing would prevent that in these extraordinary contexts, Parliament, in its role as representative and embodiment of the sovereign, may adopt legislative measures easing enforcement of sentences or granting pardons (*ex arts. 66, 81 ff. and 149. 1. 6th SC*).

With these latest details, we reach the end of our investigation, through which we have been able to positively verify the two hypotheses intended to submit for consideration, which result in diametrically opposed solutions; if in contexts of normality the solution achieved is inflexible –although not pitiless– it is prudence and proportionality that shine when what we are addressing are situations of transitional justice. This duality makes our categorical response in the early scenarios in warm position with respect to the latter. But temperance should not be confused with hesitation, since, according to the role that criminal law should play, both results are intended to be defended with the same firmness and to the same effects of achieving a fairer, freer, more egalitarian and peaceful society.

BIBLIOGRAFÍA

ABECASSIS, «El acto de memoria», en ABEL, O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992, pp. 133-148.

ABEL, O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992.

ABEL SOUTO, «El indulto: una propuesta para incluir en el Código Penal. Su regulación adaptada a principios constitucionales básicos y al Estado democrático de Derecho», en *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 9, 2013, pp. 2-5.

ABOSO, *El arrepentido en el Derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

ABREU J./JIMÉNEZ, J.L., «¿Son progresivos los indultos en España?», versión de trabajo en ejecución datada en marzo de 2017 (pendiente de publicar)*, pp. 1-22.

ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho, Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Monografía de la Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal, núm. 24, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

ACHÁ, «El indulto y los delitos de drogas: Los resultados de la aplicación del indulto en Bolivia y su impacto sobre las personas encarceladas bajo la Ley 1008», en *Informe para Acción Andina y Colectivo de Estudios de Drogas y Derecho*, junio de 2016, pp. 1-23.

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

.-, «Derecho de gracia», en ARAGÓN REYES (Dir.)/AGUADO RENEDO (Codir.), *Organización general y territorial del Estado, tomo II, Temas básicos de Derecho constitucional*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 57-63.

.-, «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: El caso “Gómez de Liaño”», en *Revista española de Derecho constitucional*, año núm. 21, núm. 63, septiembre-diciembre de 2011, pp. 279-315.

.-, «La clemencia vinculada por el Derecho», en *Revista de Derecho Político*, núm. 74, enero-abril de 2009, pp. 335-351.

.-, «Espagne», en RUIZ/DELLA/LAMBERT/MARTIN-CHENUT, *La clémence saisie par le Droit, Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Ed. Société de législation comparée, París, 2007, pp. 393-405.

.-, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», en ARAGÓN REYES/JIMÉNEZ CAMPO/SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 1, Ed. Congreso de los Diputados et al., Madrid, 2002, pp. 897-916.

AGUIRRE MONASTERIO, «La verdad, la justicia y el perdón ante la victimización», en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 12, diciembre de 1998, pp. 77-88.

* Quiero expresar mi agradecimiento a los Profs. JIMÉNEZ GONZÁLEZ y ABREU ALEMÁN, del Departamento de Análisis Económico Aplicado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, por haberme facilitado amablemente una versión de su trabajo, todavía en progreso y no publicado, el pasado 17 de abril de 2017.

ALBON, «Project on justice in times of transition: report of the project's inaugural meeting», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes, vol. I, General considerations*, Ed. United States Institute of Peace Press, Washington, 2004, 2ª ed., pp. 42-45.

ALEXY, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, pp. 131-140.

ALLER, «Ley núm. 19.172 de marihuana y sus derivados, control y regulación del estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución», ponencia en Seminario Permanente de Derecho Penal, Fundación José Ortega y Gasset - Gregorio Marañón, Madrid, el 1 de febrero de 2016.

ALTENDORF, *Der Transport*, Ed. Georg Westermann, Braunschweig, 1959.

ÁLVAREZ SUÁREZ, «El indulto: líneas de futuro», en *Diario La Ley*, núm. 8979, 15 de mayo de 2017, pp. 1-6.

AMBOS, «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo-Berlín, 2009, pp. 23-129.

AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo-Berlín, 2009.

AMMONS, «Discretionary Justice: A Legal and Policy Analysis of a Governor's Use of the Clemency Power in the Cases of Incarcerated Battered Women», en *Journal of Law and Policy*, vol. 3, núm. 1, 1994, pp. 1-79.

ANCEL, *Social Defense. A modern approach to criminal problems*, trad. por ANCEL/WILSON, Ed. Routledge, Londres, 1998, reimpr.

-, *Suspended sentence: a report presented by the Department of Criminal Science of the Institute of Comparative Law, University of Paris*, Ed. Heinemann, Londres, 1971.

-, *Capital Punishment*, Ed. United Nations, Nueva York, 1962.

ANOMALY, «Nietzsche's Critique of Utilitarianism», en *Journal of Nietzsche Studies*, núm. 29, 2005, pp. 1-14.

ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena. Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945 en la Universidad de Salamanca*, Imprenta Cervantes, Salamanca, 1944.

-, «El perdón judicial», en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 5, 1922, núm. 17, pp. 5-22; núm. 18, pp. 186-226; núm. 19, pp. 411-443.

ARAGÓN REYES, «Prólogo» a AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 17-21.

ARENAL, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación, Obras completas, tomo 10*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895.

-, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, Biblioteca Jurídica, La España Moderna, Madrid, 1893.

ARENDT, *The Human Condition*, Ed. The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1998, 2ª ed.

-, «Bertol Brecht: 1898-1956», *The New Yorker*, 5 de noviembre de 1966, en *Men in Dark Times*, Ed. Harcourt Brace & Company, San Diego et al., 1995, reimpr., pp. 207-249.

ARIÑO ORTIZ, «Leyes singulares, leyes de caso único», en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, enero-abril de 1989, pp. 57-101.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.

ARMENGOL y CORNET, «Estudios Penitenciarios. La gracia de indulto y su ejercicio», en *Revista La defensa de la sociedad*, núm. 110-114, 119, 1875, pp. 84-654.

ARNDT, «Das Amnestiegesetz», en *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1950, pp. 108-113.

ASUA BATARRITA, «Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2010, pp. 157-197.

ATRIA LEMAITRE, «Reconciliation and Reconstitution», en VEITCH (Coord.), *Law and the Politics of Reconciliation*, Ed. Ashgate, Aldershot-Burlington, 2007, pp. 33-47.

AZCÁRATE, G., *El régimen parlamentario en la práctica*, Imprenta sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1931.

BACHOF, «Über Fragwürdigkeiten der Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz», en *Juristenzeitung*, núm. 13, 1983, pp. 469-475.

BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del derecho penal», en sesión del seminario permanente celebrado en la Fundación José Ortega y Gasset - Gregorio Marañón de 24 de abril de 2017.

-, «Sobre seguridad jurídica y Derecho penal económico», en *Revista de Derecho. Escuela de Posgrado*, núm. 1, diciembre de 2011, pp. 277-291.

-, «Los límites políticos del Derecho penal», en *Justicia penal y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 9-30.

-, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, núm. 3, 1995, pp. 849-864.

BADULES IGLESIAS, *Yo te perdono, Los indultos en el marco de la política penitenciaria en España: 1982-2014*, Ed. Libros.com, Jaén, 2016.

-, «Explicando treinta años de indultos: 1982-2014», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, 2016, pp. 313-342.

BAIGÚN, «Extraterritorialidad jurisdiccional e indulto», en *Contra la impunidad: simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos*, Ed. Icaria, Barcelona, 1998, pp. 108-116.

von BAR, *Handbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band: Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlín, 1882.

BARAHONA DE BRITO/AGUILAR FERNÁNDEZ/GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (Eds.), *Las políticas hacia el pasado*, trad. por CUÉLLAR MENEZO/CONDOR ORDUÑA, Ed. Istmo, Madrid, 2002.

BARKOW, «Clemency and presidential administration of criminal law», en *New York University Law Review*, vol. 90, junio de 2015, pp. 802-869.

BARKOW/OSLER, «Restructuring Clemency: The Cost of Ignoring Clemency and a Plan for Renewal», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 82, núm. 1, invierno de 2015, pp. 1-26.

BARNETT, «The grounds of pardon», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 17, núm. 4, febrero de 1927, pp. 490-530.

BAUDRILLARD, «Paisaje sublunar y atonal. Entrevista con Jean Beudrillard», recogida por CZECHOWSKI, en ABEL, O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992, pp. 35-41.

BAUTISTA Y LUGO, *Castigar o perdonar El gobierno de Felipe IV ante la rebelión de 1624 en México*, tesis doctoral, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2014.

BECA FREI, «Indulto particular: perfeccionamiento de una institución arcaica hacia la protección de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013, pp. 477-510.

BECCARIA, *De los delitos y de las penas, 1764, con el Comentario de Voltaire*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2014.

BECK VARELA/AGÜERO NAZAR/MARTÍNEZ PÉREZ, «La disciplina social en la cultura del *Ius Commune*», en LORENTE/VALLEJO (Coords.), *Manual de historia del Derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 101-140.

BEDAU, «A retributive theory of the pardoning power?», en *27 University of Richmond Law Review*, núm. 185, 1992-1993, pp. 185-200.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, «Las competencias de la corona», en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Dirs.), PÉREZ MANZANO/BORRAJO INIESTA (Coords.), *Comentarios a la Constitución española*, Ed. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1277-1291.

BELMONTE BELDA, «227 indultos a condenados por corrupción desde 1996», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 19 de abril de 2017.

.-, «Los indultos de Semana Santa son sagrados», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 10 de abril de 2017.

.-, «El Gobierno esconde de nuevo las razones para conceder los indultos», en *El BOE nuestro de cada día*, Fundación Civio, 2 de enero de 2017.

.-, «De un indulto y medio al día a un indulto y medio a la semana», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 17 de febrero de 2016.

.-, «La presión frente a los indultos hace efecto: en 2014 se concedieron 87, la cifra más baja desde 1996», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 19 de febrero de 2015.

BELMONTE BELDA/ELOSUA TOMÉ, Juan, «Indultos vs. Condenados», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 30 de junio de 2013.

.-, «Los indultos más rápidos a este lado de los pirineos», en *El Indultómetro*, Fundación Civio, 27 de febrero de 2013.

BENGOETXEA CABALLERO, «Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case», en *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, núm. 2, 2013, pp. 30-58.

BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, junio de 1948, pp. 20-24.

BENOMAR, «Justice after transitions», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes, vol. I, General considerations*, Ed. United States Institute of Peace Press, Washington, 2004, 2ª ed., pp. 32-41.

BENTHAM, en BURNS/HART (Eds.), *An introduction to the principles of morals and legislation*, Ed. Methuen, Londres-Nueva York, 1982, reed.

-, *Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring*, vol. I, Russel & Russel, Nueva York, 1962.

-, *Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring*, vol. IX, William Tait, Edimburgo, 1843.

-, *The rationale of punishment*, Ed. R. Heward, Londres, 1830.

-, *Théorie des peines et des récompenses, Ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglois, par Et. Dumont*, tomo 2, Ed. Bossange et Masson, París-Londres, 1818, 2ª ed.

-, *Traité de législation civile et pénale, par M. Jérémie Bentham, publiés par Ét. Dumont*, Ed. Bossange, Masson et Besson, París, 1802, tomos 1 y 2.

BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 10, 1985-1986, pp. 10-52.

BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Ed. Scientia, Aalen, 1986.

BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, Ed. CEDAM, Padua, 1986, 12ª ed.

-, *Il problema penale*, Ed. G. Priulla, Palermo, 1948, 2ª ed.

BINDING, *Handbuch des Strafrechts, Erster Band, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, Ed. Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.

-, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, 1877, en VORMBAUM (Ed.), *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Ed. Springer, Berlín-Heidelberg, 2011.

BIRKHOFF/LEMKE, *Gnadenrecht, Handbuch*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 2012.

BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, Clarendon Press, Oxford, 1770, 4ª ed.

BLAICH, *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2012.

BLUM, *Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründungen*, Ed. Dr. Kovač, Hamburgo, 1996.

BODIN, *Les six livres de la Republique*, Imprenta Jacques du Puys-Libraire iuré-à la Samaritaine, París, 1578, 3ª ed., revisión de la obra publicada en 1576.

BOEKHOFF (Dir.), «Der Transport», en *Westermanns Monatshefte*, núm. 102, cuaderno 8, agosto de 1961.

BÖHM, «Richterliche Mitwirkung bei Vollstreckung und Vollzug von Freiheitsstrafe», en *Juristische Schulung*, 1961, cuaderno 7, pp. 334-337.

du BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty in South Africa*, Ed. Cambridge, Cambridge, 2007.

BÖLLHOFF, *Begnadigung und Delegation: Die Delegation der Entscheidungszuständigkeit des Begnadigungsrechts und ihre Grenzen*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2012.

BONDI, *Stravaganze del diritto penale*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 2008.

-, «Vietato vietare», en CECCHINI (Coord.), «...ma libera veramente» *RADIO TALPA '77-'84 Storia di una generazione*, Ed. La Piazza, Villa Verucchio, 2014, pp. 267-284.

-, «La ricchezza delle sanzioni», en BONDI/MARRA/POLIDORI (Dirs.), *Il prezzo del reato*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 2010, pp. 103-130 (en Academia.edu, pp. 1-23).

BONNEVILLE, *Traité des diverses institutions complémentaires du Régime pénitentiaire*, Ed. Joubert, París, 1847.

BORGES, *Ficciones*, Revista Sur, Buenos Aires, 1941, en Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1971, 11ª reimpr.

BOURGET, «Entre amnistía e imprescriptible», en ABEL, O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992, pp. 43-58.

BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just deserts, A Republican Theory of Criminal Justice*, Ed. Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1998, reeimp.

BRAVO, *La gracia de indulto*, Ed. E. T. Pedro Núñez, Madrid, 1889.

BROWN, «The quality of mercy», en *UCLA Law Review*, vol. 40, 1992-1993, pp. 327-337.

BUCHANAN, «The Nature of a Pardon under the United States Constitution», en *Ohio State Law Journal*, vol. 39, núm. 1, 1978, pp. 36-65.

BUENDÍA CÁNOVAS, «La necesaria derogación de la institución del indulto», en *Diario La Ley*, núm. 8379, 17 de septiembre de 2014, pp. 1-2.

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

BUESA BLANCO, «Víctimas del terrorismo y política del perdón», en *Cuadernos de pensamiento político* núm. 10, abril-junio de 2006, pp. 9-22.

CADALSO, *La libertad condicional, el indulto y la amnistía con un apéndice relativo a la condena condicional*, Imprenta de Jesús López, Madrid, 1921.

CALDAS BOTERO, «Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la jurisdicción especial para la paz», en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 37, núm. 102, enero-junio de 2016, pp. 105-120.

CALDERÓN DE LA BARCA, en FERNÁNDEZ DE APONTES (Ed.), *Autos sacramentales alegóricos, y historiales del Phenix de los poetas, el español, Don Pedro Calderón de la Barca*, tomo primero, Imprenta Viuda de M. Fernández, Madrid, 1759.

CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten, Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Ed. Franz Steiner, Stuttgart, 2007.

-, «Amnestie: Wenn das Vergessen zur staatsbürgerlichen Pflicht wird: Überlegungen zum Wesen und zur Legitimität des befohlenen Vergessens», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 90, núm. 4, 2004, pp. 530-549.

-, «Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 89, 2003, pp. 171-185.

-, «Gibt es ein Recht auf Begnadigung? Benjamin Constants Paradigmenwechsel in der Problematik des Gnadenrechts», en BYRD/HRUSCHKA/JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 11, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 373-403.

CAMPBELL, *La justicia, Los principales debates contemporáneos*, 2002, en Ed. Gedisa, Barcelona, 2008.

CAMPELO IGLESIAS, «El indulto y su incidencia en las actuaciones judiciales», en Boletín del Ministerio de Justicia, Sección doctrinal, núm. 1094, 5 de mayo de 1977, pp. 3-10.

CAMUS, *L'Étranger*, 1942, en Ed. Emecé, Buenos Aires, 1949.

CANALEJAS Y MÉNDEZ, *Discurso ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Sesión inaugural de 1904-905 celebrada el 28 de marzo de 1905*, Imprenta Hijos de M.G. Hernández, Madrid, 1905.

CANÇADO TRINDADE, «Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal», en Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 8, núm. 1, 2006, pp. 15-36.

CANCIO MELIÁ, «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», en CUERDA RIEZU, *El derecho penal ante el fin de ETA*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 45-66.

CANO PAÑOS, «¿Clemencia o justicia? Sobre las reticencias existentes en Alemania a la hora de poner en libertad a los últimos terroristas de la RAF», en Indret, núm. 2, abril de 2007, pp. 1-23.

CARD, «On mercy», en The Philosophical Review, vol. 81, núm. 2, abril de 1972, pp. 182-207.

CARPENTER, *Reformatory prison discipline. As developed by the Rt. Hon. Sir Walter Crofton, in the Irish convict prisons*, Ed. Longman, Londres, 1872.

CARRADOS, *El indulto de Chuck Bernley*, Ed. Ediciones B, Barcelona, 1997.

CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale*, Tipografía Giusti, Lucca, 1867, 2ª ed.

de CARRERAS SERRA, «El indulto en nuestro Estado de derecho», periódico El País, 12 de diciembre de 2000, pp. 1-3.

CARUS, *The gospel of Buddha, according to old records*, Ed. Omen Press, Tucson, 1972.

de CARVAJAL y HUÉ, «Interpelación sobre el ejercicio de la gracia de indulto», en Discursos Parlamentarios (1872-95), tomo 3, Ed. Ricardo Fé, Madrid, 1895.

CASSESE, «Clemency versus retribution in post-conflict situations», en Columbia Journal of Transnational Law, vol. 46, núm. 1, 2007, pp. 1-13.

CERVANTES, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, Segunda Parte*, 1615, en Ed. Mellado, Madrid, 1845, 2ª ed.

CHAVES GARCÍA, «La ocasión perdida para controlar los indultos», en Legal Today, 9 de septiembre de 2014, pp. 1-2.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz, Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ed. Pathenon, Madrid, 2007.

CID CEBRIÁN, «Posibilidad de pacificación social en el final de ETA», en CUERDA RIEZU, *El derecho penal ante el fin de ETA*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 67-76.

CID/TÉBAR, «Spain», en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL, *Release from Prison, European policy and practice*, Ed. Routledge, Abingdon-Nueva York, 2010, pp. 358-392.

CLARK, *Thoughts on penitentiaries and prison discipline*, Ed. Clark & Raser, Filadelfia, 1831.

CLAVERO, «Justicia y gobierno, economía y gracia», en MOYA MORALES/QUESADA DORADOR/TORRES IBÁÑEZ (Eds.), *Real Chancillería de Granada: V Centenario (1505-2005)*, Junta de Andalucía, Granada, 2006, pp. 1-13.

COBAS COBIELLA, «Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de protección de datos», en *Actualidad civil*, núm. 1, enero de 2017, pp. 1-24.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 5ª ed.

CODINA, E., «El Gobierno indultará a un preso en un mes para mantener la tradición centenaria de Málaga», en *El País*, 10 de abril de 2017.

COMAS D'ARGEMIR, M., «El indulto no deshace el delito», en *El Periódico*, 5 de diciembre de 2000.

CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays, 1795-1810*, en Ed. Aubier, París, 1991.

-, *Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France*, Imprenta de Hocquet-Casa Eymery, París, 1815.

-, *Réflexions sur les Constitutions, la distributions des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Ed. Nicolle-Gide, Paris, 1814.

COOK, «Research in Criminal Deterrence: Laying the Groundwork for the Second Decade», en *Crime and Justice*, vol. 2, 1980, pp. 211-268.

CÓRDOBA ANGULO/RUIZ LÓPEZ, «Teoría de la pena, Constitución y Código Penal», en *Derecho penal y Criminología*, vol. 22, núm. 71, 2001, pp. 55-67.

CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, tomo 1 (arts. 1-22) y tomo 2 (arts. 23-119)*, Ed. Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1976, reimpr.

CÓRDOBA RODA, «Artículo 2», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), *Comentarios al Código Penal, Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 19-27.

CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), *Comentarios al Código Penal, Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

CÓRDOBA RODA/TORNOS MAS, «El indulto y el control judicial de su concesión», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2014, vol. 113, pp. 39-78.

COROMINAS, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Ed. Gredos, Madrid, 1961.

COZART, «The Benefits of Executive Clemency», en *Federal Probation*, núm. 32, 1968, pp. 33-35.

de CÓZAR PALMA/CEBERIO BELAZA, «Los políticos sí tienen perdón», en *El País*, 8 de diciembre de 2012.

-, mismos autores, «468 indultos en 11 meses de Rajoy», en *El País*, 2 de diciembre de 2012.

CUELLO CALÓN, *Derecho penal, tomo I (Parte general), vols. primero y segundo*, revisado y puesto al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, 18ª ed.

CUERDA RIEZU, *El derecho penal ante el fin de ETA*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

-, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», en CUERDA RIEZU (Dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 113-196.

de la CUESTA ARZAMENDI, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», en *Cuadernos de Política Criminal* núm. 30, Madrid, 1986, pp.559-602.

.- «Herramientas (jurídicas) para la paz», en Diario Vasco, 1999.

CUGAT MAURI, «Artículo 130», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), *Comentarios al Código Penal, Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 989-1006.

DALAI LAMA, *La sabiduría del perdón. El camino de la comprensión y la tolerancia*, Ed. Oniro, Barcelona, 2011.

DERRIDA, *Perdonar. Lo imperdonable y lo imprescriptible*, Ed. Avarigani, Madrid, 2016.

.-, «El perdón», en VV.AA., *El perdón, virtud política. En torno a Primo Levi*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2008, pp. 113-139.

DÍAZ LÓPEZ, «La participación de la víctima en el indulto», en *La Ley Penal*, núm. 113, marzo-abril de 2015, pp. 1-13.

DÍAZ GUEVARA, «Fundamentación ius filosófica de la inconstitucionalidad del indulto a procesados», en *Derecho y Cambio Social*, núm. 43, año 13, 1 de febrero de 2016, pp. 1-19.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Capítulo II, La circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por dilaciones indebidas en el proceso penal», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, pp. 25-50.

.-, «La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento», en *La Ley Penal*, núm. 80, marzo de 2011, pp. 44-59.

Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 23ª ed., octubre de 2014 (www.rae.es)

DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 4ª ed.

.-, «Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos», en *Indret*, núm. 4, octubre de 2014, pp. 1-37.

.-, «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», en *Indret*, núm. 2, abril de 2008, pp. 1-26.

DÍEZ SÁNCHEZ, «El indulto ante la justicia administrativa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, mayo-diciembre de 2014, pp. 1177-1204.

DIMOULIS, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive, Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1996.

.-, «Die Gnade als Symbol, Legitimationsfunktionen der Begnadigung und Lehren aus dem "Fall Sofri"», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 81, núm. 3, 1998, pp. 354-379.

DOLADO PÉREZ, «Fueros especiales, indulto y corrupción», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA, *La corrupción en España, Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, pp. 497-516.

DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, Nueva edición muy aumentada y rehecha de los Estudios de Derecho penal preventivo, tomo II, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915.

.-, voz «Amnistía é indulto», en MOUTÓN y OCAMPO/ALIER y CASSI/OLIVER RODRÍGUEZ/TORRES BALLESTÉ (Dirs.), *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo II, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1910, pp. 702-725.

DORNE/GEWERTH, «Mercy in a climate of retributive justice: Interpretations from a national survey of executive clemency procedures», en *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 25, 1999, pp. 413-468.

DOVAL PAIS, «Delitos de corrupción pública: indultos y condenas», en JAREÑO LEAL (Dir.), *Corrupción política. Cuestiones de Política criminal*, Ed. Iustel, Madrid, 2014, pp. 41-62.

DOVAL PAIS/BLANCO CORDERO/FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA/VIANA BALLESTER/SANDOVAL CORONADO, «Las concesiones de indultos en España (2000-2008)», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 9, artículo 5, 2011, pp. 1-27.

.-, «Guía sobre indultos: criterios seguidos en su concesión y formulario de petición», en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 171, mayo de 2012, pp. 44-51.

DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, «Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública», en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho, Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 95-110.

DOVAL PAIS/VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión. Razones y propuesta para una modificación legislativa», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 43, 2014, pp. 40-47.

DUBOIS, «Los abusos de la gracia», en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, año núm. 73, tomo 145, 1924, pp. 308-312.

DUGARD, «Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?», en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, 1999, pp. 1001-1015.

DURÁN MIGLIARDI, «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual», en *Revista de filosofía*, núm. 67, 2011, pp. 123-144.

DÜRIG, «OVG Hamburg, Urteil v. 23.9.1960 – Bf. I 203/59», en *JuristenZeitung*, 1961, núm. 5/6, pp. 165-167.

DWORKIN, *Taking rights seriously*, Ed. Bloomsbury Academic, Nueva York, 2011, reimpr.

ELLUL, «Pues todo es gracia», ABEL, O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992, pp. 117-131.

ENGELHART, «Objetivos de la justicia de transición», en GALAIN (Ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 28-63.

ERNOU/MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots*, Ed. Klincksieck, París, 1967, 4ª ed.

ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo I, Ed. Imprenta del Colegio de Sordomudos, Madrid, 1838, 2ª ed.

ESER, «Precauciones transnacionales contra la impunidad de crímenes internacionales. El caso Uruguay a la luz de un proyecto comparado sobre la justicia de transición», en GALAIN (Ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 64-90.

ESEVERRI HUALDE, *Diccionario etimológico de helenismos españoles*, Ed. Aldecoa, Burgos, 1979, 2ª ed.

ESPINA RAMOS, J. Á., «La reforma del indulto», en *Diario del Derecho*, 11 de marzo de 2013.

.-, «Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante: razones de su improcedencia», en Noticiario jurídico Aranzadi, núm. 105, año III, 5 de abril de 2001, pp. 1-3.

EURÍPIDES, *Orestes*, 408 a. C., en *Tragedias de Eurípides, Biblioteca de Dramáticos griegos*, tomo I, trad. por DE MIER, Imprenta M. Tello, Madrid, 1865.

FABRICIUS, «Uruguay just desert: ¿hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido?», en GALAIN (Ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 194-221.

FAKHOURI GÓMEZ, «Capítulo XXII, Los delitos relativos al tráfico de drogas», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, pp. 505-522.

FALCÓN y TELLA, M. J., *Equidad, Derecho y Justicia*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

FANEGA, «El indulto. Análisis y alternativas bajo el prisma criminológico», en *Criminología y Justicia Refurbished*, septiembre de 2016, núm. 3, pp. 93-122.

FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

.-, «La libertad vigilada en el Código Penal y las víctimas de terrorismo», en VÁZQUEZ PONTOMEÑE/GUINARTE (Dirs.), PÉREZ RIVAS/SOUTO GARCÍA (Coords.), *Un sistema penal orientado a las víctimas, Estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

FEINBERG, «The expressive function of punishment», en *The Monist*, vol. 49, núm. 3, julio de 1965, pp. 397-423.

FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, «Indulto. Alcance del derecho de gracia. (Comentario a la STS de 20 de febrero de 2013)», en *CEFLegal*, núm. 157, febrero de 2014, pp. 141-146.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Indultos y gallinas», en *El Mundo*, 13 de febrero de 2013.

.-, «La remisión condicional de la pena, el indulto y el arresto sustitutorio en caso de impago», en SERRANO BUTRAGUEÑO (Dir.), *Ejecución de sentencias civiles y penales*, Ed. Instituto de estudios penales Marqués de Beccaria-Eurolex, Madrid, 1994, pp. 235-317.

FERNÁNDEZ GARCÍA, «La libertad condicional y los beneficios penitenciarios», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo VI, Derecho penitenciario*, Ed. lustel, Madrid, 2016, 2ª ed., pp. 235-261.

FERNÁNDEZ MANZANO, «Restorative Justice, Forgiveness and Reparation for the Victims», en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm. 3, 2014, pp. 390-403.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», en *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto de 2014, pp. 209-225.

FERRAJOLI, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

.-, «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», en *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 10, marzo de 2016, pp. 147-161.

FERRI, *Principii di Diritto Criminale, Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice Penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1928.

.-, *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, Libro I, Ed. L'Universelle, Roma, 1921.

.-, *Sociologia criminale*, Fratelli Bocca, Turín, 1900, 4ª ed.

FEUERBACH, en MITTERMAIER (Ed.), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Ed. Georg Friedrich Heyer's, Giessen, 1847.

.- mismo autor, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, parte 1a, Henningsche Buchhandlung, Erfurt, 1799.

FIELDING, *An enquiry into the causes of the late increase of robbers, with some proposals for remedying this growing evil*, Ed. Millar, Londres, 1751, 2ª ed.

FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, vol. 4, segunda parte, libro tercero, cap. LVII, Ed. Società tipografica de' classici italiani, Milán, 1822.

FIORE, *Tratado de Derecho Internacional Público*, tomo IV, traducción de GARCÍA MORENO, Ed. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1895, 2ª ed.

FISCHER, H., «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», en *Neue Kriminalpolitik*, núm. 4, 2001, pp. 21-25.

FISCHER, M., «Transitional Justice and Reconciliation: Theory and Practice», en AUSTIN/FISCHER/GIESSMANN (Eds.), *Advancing conflict transformation. The Berghof Handbook II*, Ed. Barbara Budrich, Opladen, 2011, pp. 405-430.

FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, en Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2000, reed.

.-, «The place of victims in the theory of retribution», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, 1999, pp. 51-63.

FLIQUETE LLISO, «Actos discrecionales, actos políticos y actos graciables: naturaleza jurídica del acto de otorgamiento del indulto», en *Revista española de la función consultiva*, núm. 24, julio-diciembre de 2015, pp. 185-207.

FLORIAN, «Dei Reati e delle pene in generale», en FLORIAN/POZZOLINI/ZERBOGLIO/VIAZZI, *Trattato di Diritto penale*, vol. 1, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1920.

FORCADA BARONA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional, Cuando el Derecho se convierte en religión*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

FOUCAULT, *Los anormales, Curso del Collège de France (1974-1975)*, trad. por PONS, Ed. Akal, Madrid, 2001.

FOX, *The English Prison and Borstal Systems: An account of the prison and Borstal systems in England and Wales after the Criminal Justice Act 1948, with a historical introduction and an examination of the principles of imprisonment as a legal punishment*, 1952, en Ed. Routledge, Londres, 1998, reimpr.

FRAILE ORTIZ, «Reseña, García Mahamut, R., El indulto. Un análisis jurídico-constitucional, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, pp. 507-511.

FREEMAN, *Necessary evils*, Ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2009.

FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. por CARRIÓ/NIILUS, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, 2ª ed.

GALAIN (Ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

-, «A modo de introducción», en GALAIN (Ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 19-26.

GALÁN CÁCERES, «El indulto como acto discrecional del gobierno y su control jurisdiccional (Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2013)» en CEFLegal, núm. 157, febrero de 2014, pp. 171-176.

GALLEGO ANABITARTE, «Sobre la no inconstitucionalidad del Decreto Ley 2/83 de febrero», en Diario La Ley, núm. 2, 1983, pp. 1143-1149.

GALLEGO ARRIBAS, *Justicia transicional y ponderación de intereses. Aplicación a contextos de terrorismo (ETA y las FARC)*, Trabajo Fin de Máster tutorizado por MOLINA FERNÁNDEZ, Universidad Autónoma de Madrid, diciembre de 2016.

GALLEGO DÍAZ, «Los beneficios penitenciarios y el tratamiento», en Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 64, núm. 1, 2011, pp. 253-292.

GARCÍA DE ANDRÉS, *El indulto*, Trabajo Fin de Grado tutorizado por JANATO MARTÍN, Universidad de Valladolid, 2016.

GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, corregida y aumentada por AGUIRRE/MONTALBÁN, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente, tomo 8, Parte criminal, Libro I: Nociones generales sobre la legislación penal*, Imprenta I. Boix, Madrid, 1845.

GARCÍA MAHAMUT, *El indulto: un análisis jurídico-constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

-, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», en AGUIAR DE LUQUE et al. (comisión organizadora) *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 611-628.

GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

-, *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.

-, «La resolución en el procedimiento de indulto particular», en Revista Jurídica de Canarias, núm. 16, 2010, pp. 53-68

GARCÍA SEDANO, «El indulto», en La Ley Penal, núm. 115, julio-agosto de 2015, pp. 1-9.

GARCÍA VALDÉS, «Sobre los indultos», en Cuarto Poder, 6 de marzo de 2013.

-, «Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX», en Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 54, núm. 1, 2001, pp. 27-42.

GAROFALO, *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. por DORADO MONTERO, La España Moderna, Madrid, 189-?

GIL GIL, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», en Indret, núm. 4, octubre de 2016, pp. 1-39.

.- «Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española», en *Indret*, núm. 4, octubre de 2012, pp. 1-28.

.-, «España», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Ed.), *Justicia de transición*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo-Berlín, 2009, pp. 471-501.

GILI PASCUAL, «Artículo 130», en GÓMEZ TOMILLO RODRIGO (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General, Artículos 1-137, tomo 1*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1085-1093.

GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, 1972, núm. 4, pp. 897-927.

GIMENO SENDRA, «El principio de oportunidad y el M. F.», en *Diario La Ley* núm. 8746, Sección Doctrina, 21 de abril de 2016, pp. 1-11.

GINER y CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, tomo I, Imprenta de Julio Cosano, Madrid, 1926.

GOLDSTONE, «Frieden und Gerechtigkeit – Ein unvereinbarer Gegensatz?», en SMITH/MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, pp. 37-47.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «La reforma de la ley de indulto», en *Diario La Ley*, núm. 8970, Sección Tribuna, 2 de mayo de 2017, pp. 1-12.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», en *Indret*, núm. 2, abril de 2008, pp. 1-31.

GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», en GÓMEZ TOMILLO RODRIGO (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General, Artículos 1-137, tomo 1*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 79-96.

GONZÁLEZ COLLANTES, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la Constitución. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GONZÁLEZ SERRANO, «La prerrogativa de indulto», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Sección editorial, núm. 43, 5 de marzo de 1948, pp. 3-4.

GRAU/SCHÄFER, *Das Preußische Gnadenrecht*, Ed. G. Stilke, Berlín, 1931.

GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado, tomo II*, Imprenta de T. Arraiz, Burgos, 1872.

de GREIFF, «Articulating the links between Transitional Justice and Development: Justice and Social Integration», en DE GREIFF/DUTHIE (Eds.), *Transitional Justice and development, Making connections*, Ed. Social Science Research Council, Nueva York, 2009, pp. 28-75.

.-, «Vetting and Transitional Justice», en MAYER-RIECKH/DE GREIFF (Dirs.), *Justice as prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies*, Ed. Social Science Research Council, Nueva York, 2007, pp. 522-544.

GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, Ed. G. F. Heyer, Giessen-Darmstadt, 1805.

GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, Ed. Béchét, París, 1822, 2ª ed.

GÜNTHER, «Warum Transitional Justice auf die Feststellung strafrechtlicher Schuld angewiesen ist – Zwölf Thesen», en NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013, pp. 271-285.

.-, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en PRITTWITZ/BAURMANN et al. (Coords.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2002.

.-, «Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie», en SMITH/MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, pp. 48-89.

GUZMÁN ERRÁZURIZ, «Indulto presidencial y terrorismo», en *Revista de Derecho Público*, núm. 50, 1991, pp. 277-294.

HAASE, «"Oh my darling clemency": Existing or possible limitations on the use of the presidential pardon power», en *American Criminal Law Review*, vol. 39, núm. 3, verano de 2002, pp. 1287-1307.

HAINDL, «Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich», en *Österreichische Juristen-Zeitung*, núm. 55, 2000, pp. 416-420.

HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Librería Félix Alcan, París, 1925.

HAMILTON/MADISON/JAY, *The Federalist, 1787-1788*, en Ed. Hackett, Indianápolis-Cambridge, 2005, reed.

HAMPTON, «The retributive idea», en MURPHY/HAMPTON, *Forgiveness and mercy*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York, 1994, reimpr., pp. 111-161.

HARRISON, «The equality of mercy», en GROSS/HARRISON (Eds.), *Jurisprudence, Cambridge Essays*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 107-125.

von HARTMANN, *Phänomenologie des sittlichen bewusstseins*, Ed. Carl Duncker, Berlín, 1879.

HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Ed. Rowohlt, Reinbek, 1974.

HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, tomo 2, Ed. Librairie Générale de Ad. Hoste, Gand, 1977, reimpr. ed. 1877, 3ª ed.

HEGEL, en SCHULZE (Ed.), *Phänomenologie des Geistes*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1832.

.-, *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nicolaischen Buchhandlung, Berlín, 1821.

HELD, «Gnade und Recht», en BÖTTGER/HÜLCK/JÄHNKE, *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, Ed. De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1996, pp. 413-425.

HERNÁNDEZ, J.A., «El Gobierno indultó en 2005 a un 5% de los 9.390 reos que pidieron la medida de gracia», en *El País*, 27 de febrero de 2006.

HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2012.

.-, «Antecedentes históricos del indulto», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, pp. 687-709.

HESPANHA, «Da "iustitia" à "disciplina". Textos, poder e política penal no Antigo Regime», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 57, 1987, pp. 493-578

HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», en Schweizerische Juristen-Zeitung, núm. 19, 2001, pp. 413-418.

HEUß, *Zur Theorie der Weltgeschichte*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín 1968.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», manuscrito presentado con motivo de la celebración del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», Madrid, 20 de abril de 2017.

von HIRSCH, *Doing Justice, The Choice of Punishments, Report of the Committee for the Study of Incarceration*, 1976, Ed. Northeastern University Press, Westford, 1986.

-, *Past or future crimes, Deservedness and Dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, Ed. Manchester University Press, Manchester, 1986.

-, «Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen», en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (Dirs.), *Tatproportionalität, Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Ed. C.F.Müller, Heidelberg, 2003, pp. 47-82.

-, «Proportionality in the Philosophy of Punishment», en *Crime and Justice*, vol. 16, 1992, pp. 55-98.

HOBBS, *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, Ed. Routledge e hijos, Londres, 1887, 3ª ed.

-, *De cive or the citizen*, 1642, en Ed. Appleton-Century-Crofts, Nueva York, 1949.

HOLSTE, «Die Begnadigung –Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», en *Jura*, núm. 11, 2003, pp. 738-742.

VON HOLTZENDORFF, *Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen und die bedingte Freilassung der Sträflinge in ihrem Verhältnisse zum Strafmasse und zu den Strafzwecken*, Ed. J.A.Barth, Leipzig, 1861.

HÖMIG, «Gnade und Verfassung», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 122-2, 2007, pp. 1328-1335.

HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1999.

-, «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», en *Juristenzeitung*, núm. 19, 2006, pp. 950-958.

HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», en *Der Staat*, núm. 29, 1990, pp. 117-124.

von HUMBOLDT, W., *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Ed. E. Trewendt, Breslau, 1851.

HUSSAIN/SARAT, «Toward New Theoretical Perspectives on Forgiveness, Mercy, and Clemency: An Introduction», en SARAT/HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, Ed. Stanford University Press, California, 2007, pp. 1-15.

HUYSE, «Justice after transitions: On the choices successor elites make in dealing with the past», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes, vol. I, General considerations*, Ed. United States Institute of Peace Press, Washington, 2004, 2ª ed., pp. 104-115.

HURD, «The morality of mercy», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 4, 2007, pp. 389-421.

IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Milán-Nápoles-Roma, 1921.

JACOBS/LARRAURI, «¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España», *Indret*, núm. 4, octubre de 2010, pp. 1-52.

JACOBSON, «Suspended sentence», en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 3, núm. 2, julio de 1912, pp. 302-303.

JÄGER, «Amnestie für staatliche Verbrechen?», en *Redaktion Kritische Justiz*, 1990, vol. 23, núm. 4, pp. 467-472.

JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. por CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2006.

.-, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2001, 2ª ed.

.- *Sobre la teoría de la pena*, trad. por CANCIO MELIÁ, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

.-, «Sobre la teoría de la pena», trad. por CANCIO MELIÁ, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, núm. 8-A, 1998, pp. 35-52.

JANKÉLÉVITCH, *El perdón*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1999.

JAPIASSU/SOUZA, «Justiça de transição e os fins da pena», en *Revista Brasileira de Direito*, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre de 2016, pp. 207-222.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1996, 5ª ed.

JHERING, *Der Zweck im Recht*, vol. I, 1904, en Ed. Olms, Hildesheim-Nueva York, 1970, 4ª ed.

JIMÉNEZ ALARCÓN, «El indulto», material proporcionado en curso de formación continuada de Fiscales sobre novedades en materia de ejecución, Centro de Estudios Jurídicos, 4 de abril de 2016, pp. 1-22.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1915.

JIMÉNEZ, J. L./ABREU, J., «Pardon Does not Forgive Democracy: Econometrical Analysis of Pardons in Spain», en *Hacienda pública española*, núm. 216, 2016, pp. 81-102.

.-, «Los indultos en España: ¿una medida de justicia?», en *Nada es gratis*, 1 de julio de 2015, pp. 1-6 (<http://nadaesgratis.es/admin/los-indultos-en-espana-una-medida-de-justicia>, última consulta, 16 de abril de 2017).

JORGE BARREIRO, Alberto, ponencia celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro».

JULIÁ DÍAZ, «Las dos amnistías de la transición», en *Tendencias* 21, 25 de abril de 2010.

KANT, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen, Zweiter Theil*, Ed. Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1803.

.-, *Sobre la paz perpetua*, 1795, en trad. por ABELLÁN, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

.-, *Philosophical Correspondence 1759-99 edited and translated by Arnulf Zweig*, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, 1986, reimpr.

KAUFMANN, Arthur, «Recht und Gnade in der Literatur», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, pp. 1062-1069.

KEATING, «Executive clemency: an ancient power and a modern solution», en *Public Interest Law Reporter*, vol. 8, núm. 1, invierno de 2003, pp. 12-14, 35.

KENNEDY, *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.

KIRCHHEIMER, *Politische Justiz, Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*, Ed. Europäische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1993.

KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001.

KOBIL, «Should Mercy Have a Place in Clemency Decisions?», en SARAT/HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, Ed. Stanford University Press, California, 2007, pp. 36-63.

-, «Should Clemency Decisions be Subject to a Reasons Requirement?», en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 13, núm. 3-4, 2000-2001, pp. 150-153.

-, «The quality of mercy strained: wresting the pardoning power from the King», en *Texas Law Review*, núm. 569, febrero de 1991, pp. 569-641.

KÖHLER, «Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen», en SCHMIDT, K. (Dir.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1990, pp. 57-74.

KOLNAI, «Forgiveness», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 74, 1973, pp. 91-106.

KRASCHUTZKI, «Begnadigung», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 10, 1970, pp. 226-227.

KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes, vol. I, General considerations*, Ed. United States Institute of Peace Press, Washington, 2004, 2ª ed.

LACKNER, «§ 13 StGB – eine Fehlleistung des Gesetzgebers?», en LACKNER/LEFERENZ et al. (Dirs.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1973, pp. 117-136.

LAFONT NICUESA, «Cuestiones de actualidad sobre la venta callejera de productos sujetos a propiedad intelectual e industrial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.738, 2007, pp. 1-9.

LAMMASCH, «Empiehl sich die Einführung der bedingten Verurteilung (belgisches Gesetz vom 31. Mai 1888) in die Strafgesetzgebung der übrigen Länder und unter welchen Voraussetzungen?», en *Mittlungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, núm. 1, Ed. J. Guttentag, Berlín, mayo de 1889, pp. 34-43.

LAMPE, «Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems», en SCHÜNEMANN et al., *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Ed. De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 45-68.

LANDA GOROSTIZA, «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-20, 2015, pp. 1-42.

LAPLANTE, «Outlawing amnesty: the return of criminal justice in transitional justice schemes», en *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, 2009, pp. 915-984.

LARDIZÁBAL y URIBE, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminals de España, para facilitar su reforma*, Imprenta de Joachin Ibarra, Madrid, 1782.

LARDNER, «The role of the press in the clemency process», en *Capital University Law Review*, núm. 31, 2003, pp. 179-184.

LARNAUDE, «Rapport sur le droit de grâce», en *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, Bulletin de la Société générale des prisons du 28 juin 1899, tomo 23, núm. 7, julio-agosto de 1899.

LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2015.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Capítulo XII. El control constitucional de las leyes penales», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (Dir.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Madrid, 2016, pp. 351-377.

.-, «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 119-148.

.-, «Proporcionalidad penal», en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho, Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 175-192.

.-, «¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la amnistía)», en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, núm. 5, 2013, pp. 227-263.

.-, «Los límites de la amnistía», en Revista penal, núm. 28, julio de 2011, pp. 95-113.

.-, «La proporcionalidad de la norma penal», en Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, pp. 159-189.

.-, «Artículo 130», en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 367-369.

LASCURAÍN SÁNCHEZ/MENDOZA BUERGO/RODRÍGUEZ MOURULLO (Coord.), *Código penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

LEGENDRE, «Lo imperdonable. Entrevista con Pierre Legendre», en ABEL, O., *El perdón. Quebrar la deuda y el olvido*, Ed. Cátedra, Madrid, 1992, pp. 19-32.

LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, Ed. Tucur, Madrid, 1976.

.-, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias», en Teoría y realidad constitucional, núm. 5, primer semestre de 2000, pp. 161-175.

.-, «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 del Ministerio de Justicia, Sección doctrinal, núm. 1823, de 15 de junio de 1998, pp. 1413-1428.

.-, «Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978», en Revista de derecho político, núm. 2, 1979, pp. 55-69.

LINZ, «The breakdown of democratic regimes: crisis, breakdown, & reequilibration», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes, vol. I, General considerations*, Ed. United States Institute of Peace Press, Washington, 2004, 2ª ed., pp. 123-131.

von LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Ed. Guttentag, Berlín, 1900, 10ª ed.

.-, «Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung», en BIRKMEYER/VAN CALKER et al. (Dir.), *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, tomo III, Ed. Otto Liebmann, Berlín, 1908, pp. 1-91.

.-, «Zur Vorbereitung des Strafgesetzentwurfs», en *Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag*, Ed. J. Guttentag, Berlín, 1902, pp. 57-85.

.-, «Welche Maßregeln können den Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werde?», en *Mittlungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, núm. 1, Ed. J. Guttentag, Berlín, mayo de 1889, pp. 44-52.

.- «Kriminalpolitische Aufgaben III», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 10, 1890, pp. 51-83.

.- «Kriminalpolitische Aufgaben II», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 9, núm. 6, 1889, pp. 737-782.

.- «Kriminalpolitische Aufgaben I», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 9, núms. 4-5, 1889, pp. 452-498.

von LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín-Leipzig, 1932, 26ª ed.

LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma)*, 3ª edición, corregida, aumentada y puesta al día conforme a la Jurisprudencia dictada hasta el 1 de enero de 2003, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

LOCKE, *The works of John Locke*, vol. V, Ed. Thomas Davison-Whitefriars, Londres, 1823.

LÓPEZ, R. E., «La complementariedad de los mecanismos de justicia de transición», materiales entregados en la conferencia celebrada el 18 de octubre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

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 de 1996, pp. 329-342.

LÓPEZ AGUILAR/LÓPEZ GARRIDO, «El indulto prodigioso», *El País*, 13 de diciembre de 2000.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010.

LÓPEZ MONTENEGRO Y TEJADA, *Examen sobre los sistemas penitenciarios y su utilidad respectiva*, Imprenta de Francisco Abienzo, 1860, Madrid.

LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», en MATUS (Dir.), *250 años después Dei Delitti e delle pene, De la obra maestra a los becarios, Vigencia de los delitos y de las penas*, Ed. B de f, Buenos Aires, 2011, pp. 495-517.

LOZANO CUTANDA, «El indulto y la amnistía ante la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo II, De los derechos y deberes fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 1027-1051.

LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 13, núm. 3-4, 2000-2001, pp. 125-133.

LÜDERSSEN, *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

.-, *Abschaffen des Strafens?*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995.

LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979.

LLABRÉS FUSTER, «Artículo 2», en GÓMEZ TOMILLO RODRIGO (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General, Artículos 1-137, tomo 1*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 49-66.

MACULAN, «Amnistías e indultos en la justicia de transición. ¿Violación de las obligaciones internacionales del Estado o herramienta transicional?», manuscrito entregado con motivo de la celebración del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», Madrid, 20 de abril de 2017.

.-, «Justicia transicional y terrorismo. Con especial referencia al caso colombiano», materiales entregados en la ponencia realizada en el seno del seminario permanente del Área de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 9 de junio de 2015.

.-, «Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y al papel del juez historiador: la aportación de la STS 101/2012», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, julio de 2012, pp. 497-518.

MADINA, «Reflexiones sin ira de una víctima», en VV.AA., *El perdón, virtud política. En torno a Primo Levi*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2008, pp. 105-112.

MADRAZO ARROYO, *De la gracia de indulto, Memoria leída en varias sesiones ordinarias de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, celebradas en 1865 y 1866*, Imprenta de E. Martínez García, Madrid, 1874.

MADRID GÓMEZ TAGLE, «Sobre el concepto de perdón en el pensamiento de Hannah Arendt», en *Praxis Filosófica*, núm. 26, enero-junio de 2008, pp. 131-149.

MADRID PÉREZ, «El indulto como excepción. Análisis de los indultos concedidos por el Gobierno español durante 2012», en *Revista crítica penal y poder*, núm. 6, marzo de 2014, pp. 110-133.

MAGRO SERVET, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del Poder Judicial», en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 51, julio de 2014, pp. 39-44.

.-, «La petición de suspensión de ejecución de pena por tramitación de indulto», en *La Ley Penal*, núm. 39, junio de 2007, pp. 101-107.

MALAMUD GOTI, «What's good and bad about blame and victims», en *Lewis & Clark Law Review*, vol. 9, 2005, pp. 629-646.

.-, «Emma Zunz, punishment and sentiments», en *Quinnipiac Law Review*, vol. 22, 2003, pp. 45-58.

MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del Derecho penal en procesos de transición», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2013, pp. 205-221.

.-, «Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas. Una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: no peace without justice o bien no peace with justice», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, núm. 7, 2009, pp. 368-375.

MALUENDA MARTÍNEZ/DE URBANO CASTRILLO, «El indulto: la cara y la cruz», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 856/2013, 31 de enero de 2013.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, febrero de 2008, pp. 1-25.

MANTECÓN MOVELLÁN, «Los criminales ante la concesión del indulto en la España del Siglo XVIII», en *Prohistoria*, año V, núm. 5, 2001, pp. 55-82.

MANZINI, *Pene-Misure di sicurezza-Cause estintive del reato e della pena-Fine della Parte Generale, Trattato di Diritto penale italiano*, vol. 3 (a cura del Prof. Pietro Nuvolone), Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1981, 5ª ed.

MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía, El Derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Ed. Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2010.

-, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva, Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling», *Indret*, núm. 2, abril de 2015, pp. 1-32.

-, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 5, 2004, pp. 11-33.

MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, 3ª ed.

MAPELLI/ROMERO/VALDA/MIRANDA, *Situación de las cárceles en Bolivia*, Ministerio de Gobierno de Bolivia, Dirección de Régimen Penitenciario, 2006.

MARAT, *Plan de législation criminelle*, Imprenta Viuda de Marat, París, 1794, 2ª ed.

MARÍAS FRANCO, «Indultos a manos llenas», en *El País*, el 10 de febrero de 2013.

MARKEL, «Against mercy», en *Minnesota Law Review*, vol. 88, 2004, pp. 1421-1480.

MARQUINA y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1900.

MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», en *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria)*, Ed. C.P. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 307-322.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, voz «indulto», en *Diccionario de la administración española, peninsular y ultramarina: compilación ilustrada*, tomo VII, Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, 1869, 2ª ed.

MARTÍNEZ DEL ROMERO (Dir.), *Historia universal antigua y moderna*, tomo IV, Ed. Oficina del Establecimiento Central, Madrid 1842.

MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Ed. C.F.Müller, Heidelberg, 1984.

MASTROBUONI/RIVERS, «Criminal Discount Factors and Deterrence», en *Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit*, Discussion Paper núm. 9769, febrero de 2016, pp. 1-50.

de la MATA BARRANCO, *La individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la Jurisdicción Penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano, Cizur Menor, 2009.

MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

MATEO, J. J., «El Congreso controlará por primera vez la concesión de indultos», en *El País*, 10 de abril de 2017.

MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Ed. Trotta, Madrid, 1998.

MATUS GONZÁLEZ, M., «Verdad histórica y perdón: El caso alemán, 1945-2009», en Cuadernos Judaicos, núm. 28, diciembre de 2011, pp. 31-44.

MAUGERI, A. M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Ed. Giuffrè, Milán, 2007.

-, «Fundamental rights in the European legal order, both as a limit on punitive power and as a source of positive obligations to criminalise», en *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, núm. 4, 2013, pp. 374-408.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Ed. C.F.Müller, Heidelberg et al., 2014, 8ª ed.

MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1979.

MAURITZ, «Zur gerichtlichen Nachprüfung von Gnadenakten», en *Deutsche Richterzeitung* 1974, p. 161.

MAYER-RIECKH, «On Preventing Abuse: Vetting and Other Transitional Reforms», en MAYER-RIECKH/DE GREIFF (Dir.), *Justice as prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies*, Ed. Social Science Research Council, Nueva York, 2007, pp. 482-520.

MAYORDOMO RODRIGO, «El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en "razones de equidad, justicia o utilidad pública"», en DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir.) / DE LA MATA BARRANCO (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 267-308.

MEINI, «La pena: función y presupuestos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 71, 2013, pp. 141-167.

MELENDO PARDOS, «Recensión a C. AGUADO, Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10-11, 2002-2003, pp. 775-791.

MENGER, «Anmerkung zu BverwG Urteil vom 27.2.1957 –I C 165.55– (OVG Lüneburg)», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1957, pp. 681-684.

MERKEL, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Ed. Ferdinand Enke, Stuttgart, 1889.

MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1978.

MESTRE DELGADO, «Gracia y Justicia (1)» en *Diario La Ley* núm. 8147, Sección Tribuna, 12 de septiembre de 2013, pp. 1-3.

MEYER, «The Merciful State», en SARAT/HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, Ed. Stanford University Press, California, 2007, pp. 64-116.

MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1996.

MILL, *Sobre la libertad*, 1859, en Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2004, 6ª reeimp.

MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, 10ª ed.

-, *Introducción a las bases del Derecho penal, Concepto y método*, Ed. B de f, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. reimpr.

MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, «Propuesta alternativa de la parte general del código penal», en Cuadernos de política criminal, núm. 18, 1982, pp. 609-650.

MITTERMAIER (Ed.) en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Ed. Georg Friedrich Heyer's, Giessen, 1847.

.-, «Dr. Mittermaier on the Indeterminate Sentence», en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 3, núm. 2, julio de 1912, pp. 303-305.

MOLINA FERNÁNDEZ, «El derecho de gracia y sus razones: justicia, necesidad, clemencia y cautela», esquema distribuido en la reunión del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», celebrada el 16 de noviembre de 2016.

.-, «Penas, C. Determinación judicial de la pena concreta» y «Extinción de la responsabilidad penal, 4. Indulto», en *Memento Práctico Penal 2016*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 604-607, §§ 5627-5634 y pp. 696-704, §§ 6580-6658 respectivamente.

.- «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 4, 2000, pp. 57-137.

MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Ed. Temis, Bogotá, 1991.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, 1748, en Ed. Istmo, Madrid, 2002.

MONZ, «Die Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, cuaderno 4, pp. 137-141.

MOORE, K. D., *Pardons, Justice, Mercy, and the Public Interest*, Ed. Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1989.

.-, «Pardon for good and sufficient reasons», en *University of Richmond Law Review*, vol. 27, 1992-1993, pp. 281-288.

MOORE, M., *Placing blame, A theory of the Criminal Law*, Ed. Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 2010, reeimp.

.-, «Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, 1999, pp. 65-89.

MORALES/MUÑOZ/WELSCH/FÁBREGA, *La reincidencia en el sistema penitenciario chileno*, Ed. Fundación Paz Ciudadana y Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile, 2012.

MORELL SANZ, *¿Justicia Penal Internacional? Avances, incoherencias y límites en la tipificación, castigo y prevención de la violación grave y discriminatoria de los derechos humanos*, Ed. Parthenon, Madrid, 2008.

MORESO MATEOS, «Sobre la generalidad de las leyes: L. Hierro y F. Laporta», comunicación remitida con motivo del Seminario en Homenaje a los Profs. Hierro y Laporta, el 25 de noviembre de 2016, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

MORISON, «The Politics of Grace: On the Moral Justification of Executive Clemency», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 9, abril de 2005, pp. 1-138.

MORRIS, H., «Persons and punishment», en *The Monist*, octubre de 1968, vol. 52, núm. 4, pp. 475-501.

MORRIS, M.H., «International Guidelines against Impunity: Facilitating accountability», en *Law and contemporary problems*, vol. 59, núm. 4, pp. 29-39.

MORRIS/GOSCINNY, *Indulto para los Dalton*, Ed. Círculo de Lectores, Barcelona, 1985.

MÜLLER-DIETZ, «Recht und Gnade», en *Deutsche Richterzeitung*, 1987, pp. 474-481.

MUÑOZ BLANCO, *El indulto en España: "El poder ejecutivo bajo sospecha"*, Trabajo Fin de Grado tutorizado por SOLETO MUÑOZ, Universidad Carlos III de Madrid, curso académico 2012-2013.

MUÑOZ CONDE, «Comentarios al Código penal y dogmática jurídico-penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 27, núm. 3, 1974, pp. 349-370.

MUÑOZ SÁNCHEZ, voces «Indulto», «Indulto canónico» e «Indultos de sanciones administrativas», en MASCAREÑAS/PELLISÉ PRATS (Dirs.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XII (preparado por PELLISÉ PRATS), Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1965, pp. 384-409.

MURPHY, «Hatred: a qualified defense», en MURPHY/HAMPTON, *Forgiveness and mercy*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York, 1994, reimpr., pp. 88-110.

-, «Mercy and legal justice», en *Social Philosophy & Policy*, vol. 4, núm. 1, 1986, pp. 1-14.

MURPHY/HAMPTON, *Forgiveness and mercy*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York, 1994, reimpr.

NAUCKE, «Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit», en *JURA*, núm. 8, 1979, pp. 426-432.

NAVARRO VILLANUEVA, *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, edición electrónica.

-, «Notas acerca del indulto», en ESPUNY I TOMÁS/PAZ TORRES/YSÀS SOLARES (Coords.), *30 años de la Ley de Amnistía (1977-2007)*, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona-Dykinson, Madrid, 2009, pp. 225-249.

NERI, «Le pardon de l'État. Étude de droit public», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm. 5, 2012, pp. 1309-1338.

NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013.

-, «Die Rolle von Recht, Gesellschaft und Politik bei der Verarbeitung von „Unrechtssystemen“», en NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013, pp. 39-52.

NICOSIA, voz «Grazia», en AZARA/EULA (Dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, tomo VIII, Ed. UTE Torinese, Turín, 1968, pp. 7-11.

NIETO MARTÍN, «Cuestionario sobre el derecho de gracia», en *Cahiers de défense sociale - Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste*, 2006, pp. 185-190.

NIETZSCHE, *Jenseits von Gut und Böse, Zur Genealogie der Moral*, Ed. Alfred Kröner, Leipzig, 1930.

NIEVA FENOLL, «Proceso penal y delitos de corrupción (Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal)», en *Indret*, núm. 2, marzo de 2013, pp. 1-22.

NINO, *Radical evil on trial*, Ed. Yale University Press, New Haven-Londres, 1996.

NOVAK, *Comparative executive clemency, The constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, Ed. Routledge, Abingdon-Nueva York, 2016.

OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», en *Harvard Law Review*, vol. 130, núm. 3, enero de 2017, pp. 811-866.

OLASOLO, «Condiciones de posibilidad para la aplicación de los conceptos positivos de paz y justicia de transición?», en GALAIN (Ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 8-18.

OLLÉ SESÉ, «Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales», en TURÉGANO MANSILLA (Coord.), *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, pp. 79-115.

ORAKHELASHVILI, «Between impunity and accountability for serious international crimes: legal and policy approaches», en *Netherlands International Law Review*, vol. 55, núm. 2, agosto de 2008, pp. 207-232.

ORLANDO, *Principii di Diritto Costituzionale, Manuali Barbèra di Scienze Giuridiche Sociali e Politische*, tomo IV, Ed. Barbèra, Florencia, 1925, 5ª ed.

ORTEGO PÉREZ, «El indulto controversias de su ejercicio y necesidad de reforma», en *Iuris*, núm. 187, 1ª de marzo de 2013, pp. 12-15.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 6ª ed.

OSTOS MOTA, «El indulto», en PEÑA GONZÁLEZ (Coord.), *Libro Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 1059-1074.

von ÖTTINGEN, *Die Moralstatistik in ihrer Bedeutung für eine Socioethik*, Ed. Deichert, Erlangen, 1882, 3ª ed.

OUBIÑA BARBOLLA, «Dilaciones indebidas», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril-septiembre de 2016, pp. 250-264.

PACHECO, «Lección vigésima primera. Del derecho de gracia, ó de la remisión y conmutación de las penas. Su origen. Su conveniencia. Indultos. Amnistías», en *Estudios de Derecho penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840 por D. Joaquín Francisco Pacheco*, tomo II, Ed. Boix, Madrid, 1843, pp. 255-273.

PALACIOS LUQUE, «Sobre la amnistía y el indulto», en *Boletín del Ministerio de Justicia, Sección doctrinal*, núm. 1048, 25 de enero de 1976, pp. 9-11.

PALAO HERRERO, *El sistema jurídico ático clásico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS de 7 de julio de 1983. Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad civil "derivada de delito": indulto», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 3, 1983, pp. 825-836.

-, «Comentario a la STS de 28 de enero de 1983. Responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil "derivada de delito": Indulto», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 1, 1983, pp. 103-116.

PARDO BAZÁN, «El indulto», en *Revista ibérica de política, literatura, ciencias y artes*, núm. 1, 1883, pp. 2-5.

PASTOR, D. R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.

PENSKY, «Amnesty on trial: impunity, accountability, and the norms of international law», en *Ethics & Global Politics*, vol. 1, núm. 1-2, 2008, pp. 1-40.

PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 255-293.

PERANDONES ALARCÓN, «El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», en *La Ley Penal*, núm. 103, julio-agosto de 2013, pp. 1-16.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN/RODRÍGUEZ GARCÍA, «Regulación del derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas: de la atenuante analógica a la atenuante específica del Código Penal», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 15, 2011, pp. 555-576.

PÉREZ FRANCESCH, «Amnistía, indulto e intencionalidad política», en ESPUNY I TOMÁS/PAZ TORRES/YSÀS SOLARES (Coords.), *30 años de la Ley de Amnistía (1977-2007)*, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona-Dykinson, Madrid, 2009, pp. 55-67.

PÉREZ FRANCESCH/DOMÍNGUEZ GARCÍA, «El indulto como acto del Gobierno: una perspectiva constitucional. (Especial análisis del “caso Liaño”)», en *Revista de Derecho político*, núm. 53, 2002, pp. 25-73.

PÉREZ DEL VALLE, «Amnistía, Constitución y justicia material», en *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 61, enero-abril de 2006, pp. 187-206.

de PEYRONNET, *Pensées d'un Prisonnier*, Ed. Allardin, París, 1834, 12ª ed.

PFLIEGER, «Gnade vor Recht?», en *Zeitschrift für Rechtspolitik* núm. 3, 2008, pp. 84-87.

PICAZO ESCRIBANO, *La eficiencia y la equidad de la justicia en cifras: La excepcionalidad del indulto*, Trabajo Fin de Grado tutorizado por ARNÁIZ SERRANO/GRANÉ CHÁVEZ et al., Universidad Carlos III de Madrid, julio de 2014. (presentación alojada en: <https://prezi.com/ksdht6vvtod/la-eficiencia-y-la-equidad-de-la-justicia-en-cifras-la-exce/>)

PICO LORENZO, ponencia celebrada el 21 de abril de 2017, en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro».

PICOT, «Rapport sur le droit de grâce dans ses rapports avec la science pénitentiaire», en *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, en *Séance de la Société générale des prisons du 28 juin 1899*, tomo 23, núm. 7, julio-agosto de 1899, pp. 917-933.

PIEPER, «Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme», en WALDHOF (Dir.), *Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2014, pp. 89-130.

PINEDA, «Derecho de gracia o indulto», en *Iuris, actualidad y práctica del Derecho*, núm. 11, noviembre de 1997, pp. 34-38.

PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht, Eine inaugural Abhandlung*, Ed. Ferdinand Enke, Erlangen, 1845.

PONS PORTELLA, «La acción popular medioambiental en el control jurisdiccional de la gracia de indulto: el caso del Real Decreto 863/2013», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 62, noviembre de 2016.

POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática, Génesis, desarrollo y costes*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

PRINS, «Bericht über die erste Jahresversammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung, gehalten zu Brüssel am 7. und 8. August 1889», en *Mittlungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, núm. 3, Ed. J. Guttentag, Berlín, noviembre de 1889, pp. 172-201.

- , «Condamnation conditionelle», en *Mittlungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, núm. 1, Ed. J. Guttentag, Berlín, mayo de 1889, pp. 28-33.
- von PUFENDORF, en LUIG (Dir.), *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, 1673, en Ed. Insel, Frankfurt am Main-Leipzig, 1994.
- QUERALT JIMÉNEZ, «¿No habrá más indultos para los corruptos?», en *El Diario*, 15 de julio de 2014.
- , «El indulto es un premio», en *El Periódico*, 12 de septiembre de 2013.
- , «El “Caso Liaño”, Indulto no, gracias», en *El País*, 29 de marzo de 2000.
- QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.
- RADBRUCH, «§ 24 Die Gnade», en DREIER/PAULSON (Dir.), *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, Ed. Hüthig-C.F.Müller, Heidelberg, 1999, pp. 163-165.
- , en KAUFMANN, Arthur (Ed.), *Aphorismen zur Rechtsweisheit*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1963.
- , *Gestalten und Gedanken, Acht Studien*, Ed. Koehler & Amelang, Leipzig, 1944.
- RAMOS VÁZQUEZ, *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Ed. Dykinson-Universidad de Jaén, Madrid, 2015.
- RAPAPORT, «Retribution and Redemption in the Operation of Executive Clemency», en *Chicago-Kent Law Review*, vol. 74, núm. 4, 2000, pp. 1501-1535.
- RAWLS, *A theory of justice, revised edition*, Ed. Harvard University Press, 6ª ed. de la obra publicada en 1971, 2003, Cambridge (Massachusetts).
- REIK, «Über kollektives Vergessen», en *Internationale Zeitschrift für Psychoanalyse*, vol. 6, 1920, cuaderno 3, pp. 202-215.
- REISMAN, «Legal responses to genocide and other massive violations of human rights», en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, otoño de 1996, pp. 75-80.
- RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation? Conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882*, Ed. C. Lévy, París, 1882, 2ª ed.
- RENART GARCÍA, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico (adaptada a la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003.
- RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 3, julio-septiembre de 1996, pp. 575-606.
- REQUEJO PAGÉS, «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», en *Revista electrónica de historia constitucional*, núm. 2, 2001, pp. 81-106.
- REYES ALVARADO, «Amnistía y pecado original», en *El Espectador*, 31 de octubre de 2016.
- RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, trad. por NEIRA CALVO, Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2004.

RIDOLFI, «Not Just an Act of Mercy: The Demise of PostConvictionRelief and a Rightful Claim toClemency», en Review of Law & Social Change, núm. 24, 1998, pp. 43-90.

RIEFF, *Elogio del olvido*, Ed. Debate, Barcelona, 2017.

-, «Cumplir con el deber de olvidar», en El País, 19 de marzo de 2017.

RINIO, «Rechtsprechungsübersicht zum Widerruf von Gnadenerweisen», en Neue Zeitschrift für Strafrecht, núm. 26, 2006, pp. 438-442.

RIVAS PALÁ, «Perdón y justicia transicional. Las dificultades de las sociedades liberales contemporáneas para articular un discurso coherente acerca del perdón», en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 45, 2011, pp. 349-362.

RÖDER, *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen: eine kritische Vorarbeit zum Neubau des Strafrechts*, Ed. Julius Niedner, Wiesbaden, 1867.

-, *Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*, Ed. Julius Gross, Heidelberg, 1846.

RODRÍGUEZ/LÓPEZ CONTRERAS, *El derecho del condenado a la pena de muerte a solicitar el indulto o la conmutación de la pena*, Ed. Serviprensa, Ciudad de Guatemala, 2004.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

-, *Derecho penal, Parte general*, Ed. Civitas, Madrid, 1977.

-, «Principios y garantías», en Memento Práctico Penal 2016, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

-, «Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy», en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 22, 2010, pp. 225-245.

-, «Delito, pena y Constitución», en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 8, 2003, pp. 311-329.

-, «Principio de legalidad y arbitrio judicial», en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, Madrid, 1997, pp. 291-296.

-, «Artículo 4», en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 34-38.

RODRÍGUEZ RAMOS, «Principio de legalidad penal. ¿Crisis de la garantía criminal?» en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (Coords.), *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 505-532.

ROJAS MARCOS, «Perdonar lo imperdonable», en El País, 1 de septiembre de 2002.

ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», en FONT GALÁN/LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Coords.), *Estudios jurídicos en conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho, tomo 2*, Ed. Universidad de Córdoba, 1991, pp. 498-512.

ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, vol. 3, Tipografía de Felice Rusconi, Milán, 1824, 3ª ed.

ROSEBERRY, «Clemency Project 2014. Restoring Fairness and Justice», en Criminal Justice Review, primavera de 2015, pp. 29-30.

- ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 1958, en Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1977.
- ROSSEAU, *Du contrat social; o principes du droit politique*, Ed. Rey, Ámsterdam, 1762.
- ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 2006, 4ª ed.
- .- *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1981.
- .-, «Sentido y límites de la pena estatal», trad. por LUZÓN PEÑA, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, pp. 11-36.
- RUBIO LLORENTE, «Quizás España no vaya tan bien», en *El País*, 25 de octubre de 1999.
- RUCKMAN, Jr., «The Study of Mercy: What Political Scientists Know (and Don't Know) About the Pardon Power», en *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 9, núm. 3, primavera de 2012, pp. 783-837.
- .-, «Seasonal Clemency Revisited: An Empirical Analysis», en *Annual Meeting of the Southern Political Science Association*, New Orleans, 8 de enero de 2008, pp. 1-28.
- RUIZ/DELLA/LAMBERT/MARTIN-CHENUT, *La clémence saisie par le Droit, Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Ed. Société de législation comparée, París, 2007.
- RUIZ y RODRÍGUEZ, *Tratado general de procedimientos criminales o exposición de las reglas que deben observarse en la sustanciación de los juicios para la averiguación y castigo de los delitos y faltas*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877.
- RUIZ MUÑOZ, «Sobre el perdón y unos pañales», en *Almacén de Derecho*, 6 de septiembre de 2016 (<http://almacenederecho.org/perdon-unos-panales/>, última consulta, 18 de marzo de 2017).
- RUIZ ROBLEDO, «Indultos inconstitucionales», en *El País*, 16 de diciembre de 2012, pp. 1-3.
- RÚJULA LÓPEZ, *Contrarrevolución. Realismo y Carlismo en Aragón y el Maestrazgo, 1820-1840*, Ed. Universidad de Zaragoza, 2011.
- RÜPING, «Die Gnade im Rechtsstaat», en GRÜNWARDL/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (Dir.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, Ed. Schwartz, Göttingen, 1975, pp. 31-44.
- SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 2011, 6ª ed.
- SÁDABA, *El perdón. La soberanía del yo*, Ed. Paidós, Barcelona, 1995.
- SÁINZ DE ROBLES, «El indulto como atentado a la independencia del juez», en *Cuenta y razón*, núm. 55, 1991, pp. 97-98.
- SALAS CARCELLER, «El derecho de gracia», en *El Mundo*, 9 de enero de 2014.
- SALEILLES, *L'individualisation de la peine, Étude de criminalité sociale*, Librería Félix Alcan, París, 1927.
- SALINERO ECHEVERRÍA, «¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal», en *Revista lus et Praxis*, núm. 1, 2012, pp. 113-150.
- SÁNCHEZ MORENO, «El indulto para procesados y el perro del hortelano», en *Thémis*, núm. 18, 1991, pp. 62-65.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», *Indret*, núm. 2, abril de 2008, pp. 1-32.

- SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, septiembre-diciembre de 2016, pp. 51-91.
- SANTOS, M. H., «La discrecional potestad del Gobierno a la hora de conceder indultos», en *El País*, 15 de abril de 2017.
- SANZ DELGADO, *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2007.
- SARAT, *Mercy on trial: what it means to stop an execution*, Ed. Princeton University Press, Princeton-Woodstock, 2007, reed.
- SARAT/HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, Ed. Stanford University Press, California, 2007.
- SARMIENTO SOSA, «Algunas nociones sobre indulto y amnistía», en Blogspot, 20 de noviembre de 2012, pp. 1-51.
- SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts, Gnade-Amnestie-Bewährung*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 1992, 2ª ed.
- , «Gnade vor Recht. Zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung über die Justitiabilität von Gnadenentscheidungen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 28, 1975, pp. 1249-1255.
- SCHENKE, «Rechtsschutz gegen Gnadenakte», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, pp. 588-593.
- SCHILD, «Strafe – Vergeltung oder Gnade?», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, tomo 99, 1982, pp. 364-384.
- SCHMIDT, «§ 100 – Begnadigung und Amnestie», en ANSCHÜTZ/THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 2, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 1932, pp. 563-571.
- SCHMITT, «Amnistía es la fuerza de olvidar», en *El País*, 21 de enero de 1977.
- , (publicado bajo el nombre de Walther Masuch), «Amnestie – Urform des Rechts», en *Die Zeit*, núm. 38, 21 de septiembre de 1950.
- , (publicado anónimo), «Amnestie ist die Kraft des Vergessens. Wann werden wir den Bürgerkrieg beenden?», en *Sonntagsblatt*, núm. 3, 15 de enero de 1950, p. 17.
- SCHNEIDER, «Anmerkungen zum Begnadigungsrecht», en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1991, cuaderno núm. 2, pp. 101-104.
- SCHWAN, «Die Idee des Schlußstrichs- oder: Welches Erinnern und welches Vergessen tun der Demokratie gut?», en SMITH/MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, pp. 90-99.
- SEBBA, «The pardoning power – A world survey», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 68, núm. 1, 1997, pp. 83-121.
- , «Clemency in Perspective», en LANDAU/SEBBA (Eds.), *Criminology in perspective, Essays in Honor of Israel Drapkin*, Ed. Lexington Books, 1977, pp. 221-240.
- SEGARRA CRESPO, «Inicio de la ejecutoria en el caso de penas privativas de libertad. Incidentes de paralización y/o aplazamiento. Especial análisis del indulto», material proporcionado en curso de formación continuada de Fiscales sobre novedades en materia de ejecución, Centro de Estudios Jurídicos, 13 de marzo de 2014, pp. 1-16.

SEELMANN, «Ebenen der Zurechnung bei Hegel», en KAUFMANN M./REZIKOWSKI (Dir.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, pp. 85-92.

SÉNECA, *Los siete libros de Séneca*, Ed. Benito Cano, Madrid, 1789.

.-, *L. Annaei Senecae Philosophi opera omnia*, Appud Elzevirios, Ámsterdam, 1659.

.-, *Los dos libros de clemencia*, Ed. Luis Sánchez, Madrid, 1626.

SEQUEROS SAZATORNIL, «El control sobre la razonabilidad del indulto desde el plano constitucional», en Diario núm. 6347, 26 de octubre de 2005, pp. 1-13.

SERRANO GÓMEZ, «Indulto por dilaciones indebidas (art. 2.º párrafo 2.º)», en Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 6, Madrid, 1994, pp. 31-42.

SERRANO MAÍLLO, «¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos? Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20-11-2013», en Teoría y Realidad Constitucional, núm. 34, 2014, pp. 609-624.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, «El debate sobre el indulto y la pena de muerte», en Revista de ciencias jurídicas y sociales, núm. 7, 2008, pp. 57-92.

SERRANO TÁRRAGA, «La prisión perpetua revisable», en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 25, 2012, pp. 167-187.

SERRERA CONTRERAS, «¿El indulto para todos?», en Diario La Ley, núm. 7, 2001, pp. 1619-1625.

SHAKESPEARE, *The merchant of Venice. A comedy*, 1600, en Ed. B. Corcoran, Dublín, 1766.

.- *Measure for measure*, 1623, en John Cawthorn, Londres, 1806.

SHAW, «Clemency: A useful rehabilitation tool», en The Army Lawyer Review, agosto de 1975, pp. 32-34.

SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2015.

.-, «El perdón: prólogo para penalistas», conferencia celebrada en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», Madrid, 20 de abril de 2017.

.-, «Prevención del delito y reducción de la violencia», en Ita ius esto, núm. 2, 2011, pp. 27-40.

.- «De nuevo, el perdón», editorial de Indret, núm. 4, 24 de octubre de 2011, pp. 1-3.

.- «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología de Costa Rica, núm. 1, julio de 2011, pp. 37-53.

.-, «Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en Revista de Estudios de la Justicia, núm. 11, 2009, pp. 35-56.

.- «Perdonar», editorial de Indret, núm. 1, 26 de febrero de 2009, pp. 1-2.

.-, «Doctrines Regarding “The fight against impunity” and “the victim’s right for the perpetrator to be punished”», en Pace Law Review, vol. 28, núm. 4, verano de 2008, pp. 865-884.

.-, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en Indret, núm. 2, abril de 2007, pp. 1-15.

.- «Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs”, en *Indret*, núm. 4, octubre de 2006, pp. 1-6.

.-, «Valoraciones sociales y Derecho penal», en *Revista Persona y Derecho*, vol. 46, Ed. Universidad de Navarra, 2002, pp. 143-163.

SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Imprenta de M. G. Hernández, Madrid, 1879.

SIMMONDS, «Judgment and mercy», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, pp. 52-68.

SMART, «Mercy», en *Philosophy*, octubre de 1968, vol. 43, núm. 166, pp. 345-359.

SMITH, G., «Ein normatives Niemandsland? Zwischen Gerechtigkeit und Versöhnungspolitik in jungen Demokratien», en SMITH G./MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, pp. 11-20.

SMITH, G./MARGALIT (Dirs.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997.

SMITH, T., «Tolerance & Forgiveness: Virtues or Vices?», en *Journal of Applied Philosophy*, vol.14, núm. 1, 1997, pp. 31-41.

SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1980.

SOLAR CALVO, «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una interpretación amplia y posibilista», en *Diario La Ley*, núm. 8912, de 1 de febrero de 2017, pp. 1-6.

.-, «La libertad condicional antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP núm. 5 de Madrid de 3 de noviembre de 2016», en *Diario La Ley*, núm. 8873, 29 de noviembre de 2016, pp. 1-8.

.-, «Tercer grado penitenciario: buscando la definitiva integración social del condenado», en *Diario La Ley* núm. 8794, Sección Doctrina, 1 de julio de 2016, pp. 1-11.

.-, «El indulto: una perspectiva penitenciaria», en *Legal Today*, 31 de julio de 2014.

STAHN, «The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design», en *Leiden Journal of International Law*, núm. 18, 2005, pp. 425-466.

STATMAN, «Doing without mercy», en *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 32, 1994, pp. 331-354.

STEIKER, «Tempering or Tampering? Mercy and the Administration of Criminal Justice», en SARAT/HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, Ed. Stanford University Press, California, 2007, pp. 16-35.

STRAUSS/BASKIR, «Controlling discretion in sentencing: the clemency board as a working model», en *Notre Dame Law*, núm. 51, julio de 1976, pp. 919-945.

STRELAN/FEATHER/McKEE, «Retributive and Inclusive Justice Goals and Forgiveness: The Influence of Motivational Values», en *Social Justice Research*, vol. 24, núm. 2, 2011, pp. 126-142.

STRELAN/VAN PROOIJEN, «Retribution and forgiveness: The healing effects of punishing for just deserts», en *European Journal of Social Psychology*, núm. 43, 2013, pp. 544-553.

SUÁREZ COLLÍA, *Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El indulto: aspectos penales y procesales», en *Estudios jurídicos*, núm. 4, 2003, pp. 377-401.

TAMARIT SUMALLA, «Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad», en TAMARIT SUMALLA (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pp. 45-72.

TÉBAR VILCHES, *El modelo de libertad condicional español*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004.

TEITEL, *Transitional Justice*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2000.

-, «Transitional Justice Genealogy», en *Harvard Human Rights Journal*, núm. 16, 2003, pp. 69-94.

TENA ARREGUI, «No diga indulto, diga impunidad», en *Hay Derecho*, 12 de febrero de 2013.

TOBELLA, «El Gobierno dosifica los indultos», *El País*, 10 de noviembre de 2013.

TODOROV, *Los abusos de la memoria*, trad. por SALAZAR BARROSO, Ed. Paidós, Barcelona, 2000.

TOLSTOI, *Auferstehung*, 1899, en Ed. NP, Düsseldorf, 2016.

TOMÁS Y VALIENTE, «El Derecho penal de la monarquía absoluta», en *Obras completas, vol. 1*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

-, «La gracia y la justicia. (A propósito del indulto)», en *El País*, 23 de septiembre de 1993.

-. «Delinquentes y pecadores», en TOMÁS Y VALIENTE/CLAVERO/BERMEJO y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Ed. Alianza Editorial, 1990, pp. 11-31.

-, *Comentario a Beccaria, De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1982, 4ª ed.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», en *Indret*, núm. 3, julio de 2016, pp. 1-72.

TORELLY, «Historische Deutungen und Transitional Justice», en NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013, pp. 53-60.

del TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», en CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, tomo 2 (arts. 23-119)*, Ed. Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1976, reimpr., pp. 615-618, 626-666.

TORRALBA, *El perdón*, Ed. Milenio, Lleida, 2010.

TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

TUCKER, *The light of nature*, vol. IV, Ed. Hilliard and Brown, Cambridge, 1831, 2ª ed.

TUDELA ARANDA, «Prólogo» a TORRES AGÜERO, *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», en *Revue française de droit constitutionnel* núm. 79, julio de 2009, pp. 513-542.

TUTU D./TUTU M., *El libro del perdón*, Ed. Océano, México, D.F., 2015.

de URBANO CASTRILLO, «El control jurisdiccional sobre la concesión de indultos», en Revista de Jurisprudencia, núm. 1, 6 de junio de 2013.

URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013», en Revista Vasca de Administración Pública, mayo-diciembre de 2014, núm. especial 99-100, pp. 2897-2946.

VALCÁRCEL, *La memoria y el perdón*, Ed. Herder, Barcelona, 2010.

VALJI, «Reconciliación y reparación: un balance», en Vanguardia Dossier, núm. 12, julio-septiembre de 2004, pp. 1-7.

VALLEJO, «El príncipe ante el derecho en la cultura del *ius commune*», en LORENTE/VALLEJO (Coords.), *Manual de historia del Derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 141-178.

VALLÈS MUÑO, «Amnistía y responsabilidad civil», en Indret, núm. 1, enero de 2004, pp. 1-45.

VAN ZYL, «Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies», en BRYDEN/HÄNGGI (Coords.), *Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding*, Ed. Lit, Münster, 2005, pp. 209-231.

VELASCO CABALLERO, «El control del indulto: entre gobierno y justicia», en El Derecho, Revista de Jurisprudencia, núm. 1, marzo de 2014, pp. 3-10.

VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870, concordado y comentado*, Establecimiento tipográfico de Luis Tasso, Barcelona, 1874.

VIANA BALLESTER, «El indulto, a revisión» en El Mundo, 24 de noviembre de 2013.

VIDAL, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, Ed. Rousseau, París, 1928.

VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

VILLALBA HERVÁS, «La gracia de indulto», en Revista general de legislación y jurisprudencia, año núm. 42, tomo 85, 1894, pp. 274-287.

VILLAR y GARCÍA, *La conveniencia civil y política del indulto, como regalía de la corona. Discurso leído en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia, el día 18 de enero de 1852, en la Universidad Central*, Imprenta Neira y Ducazcal, Madrid, 1852.

VILLARINO MARZO, «El indulto en España», en Revista de las Cortes Generales, núm. 66, 2005, pp. 63-92.

VIVES ANTÓN, *II La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

WALDHOFF (Dir.), *Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2014.

-, «Grace above the Law – Grace through the Law?», conferencia celebrada en el seno del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», Madrid, 21 de abril de 2017.

-, «Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?», en WALDHOFF (Dir.), *Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?*, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2014, pp. 131-149.

WALKER, *Crime and punishment in Britain. The penal system in theory law and practice*, Ed. Aldine Transaction, Piscataway, 2010, 2ª ed.

- , «The quiddity of mercy», en *Philosophy*, enero de 1995, vol. 70, núm. 271, pp. 27-37.
- , *Punishment, danger and stigma, The morality of criminal justice*, Ed. Basil Blackwell, Oxford, 1980.
- WEICHERT, «Strafrechtlicher Schutz von Menschenrechten», en NEUMANN et al., *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013, pp. 113-147.
- WEIFFEN, «From domestic to international instruments for dealing with a violent past: causes, concomitants and consequences for democratic transitions», en ASSMANN/SHORTT, *Memory and political change*, Ed. Palgrave Macmillan, Basingstoke (Hampshire), 2012, pp. 89-111.
- WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín, 1989, 11ª ed.
- WERLE, «Transitional Justice – Der juristische Rahmen», en MÜLLER/SANDER/VÁLKOVÁ, *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, Ed. C.H.Beck, Múnich, 2009, pp. 791-806.
- WHITMAN, *Harsh Justice, Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2003.
- WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, Ed. Dr. Kovač, Hamburgo, 2008.
- YÁÑEZ ROMÁN, «La condena condicional en España. Apuntes para su historia», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 25, núm. 2, 1972, pp. 305-423.
- YOUNG, «Amnesty and Accountability», en *UC Davis Law Review*, vol. 35, núm. 2, enero de 2002, pp. 427-482.
- ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Ed. Giuffrè, Milán, 1974.
- ZALAQUETT, «Confronting human rights violations committed by former governments: principles applicable and political constraints», en KRITZ (Ed.), *Transitional Justice, How emerging democracies reckon with former regimes, vol. I, General considerations*, Ed. United States Institute of Peace Press, Washington, 2004, 2ª ed., pp. 3-31.
- ZAMORA, J. A. «El perdón y su dimensión política», en VV.AA., *El perdón, virtud política. En torno a Primo Levi*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2008, pp. 57-80.
- ZIELCKE, «Gnade vor Recht?», en *Redaktion Kritische Justiz*, 1990, vol. 23, núm. 4, pp. 460-467.
- ZIMMERMANN, *Verdienst und Vergeltung*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- ZUGALDÍA ESPINAR, en el mismo (Dir.), *Fundamentos de Derecho penal, Parte General, Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 4ª ed.
- VV.AA., «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 15-58.
- VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal-Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- VV.AA., *En legítima desobediencia. Tres décadas de objeción, insumisión y antimilitarismo*, Ed. MOCTS, Madrid, 2002.

Resoluciones, informes y estudios

Report of the Secretary-General on the United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo, emitido el 10 de marzo de 2017 (S/2017/206).

Informe «License to Kill. Philippine Police Killings in Duterte's "War on Drugs"», publicado por Human Rights Watch el 1 de marzo de 2017.

Conclusiones de las XXVI de las Jornadas Nacionales de Juezas y Jueces Decanos de España celebrada entre el 24 y 26 de octubre de 2016.

Respuesta del Servicio de indultos fechada el 3 de octubre de 2016 a la solicitud de información núm. 29605 sobre las cifras concernientes al indulto penitenciario.

Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes acerca de su misión a los Estados Unidos de América, emitido el 18 de agosto de 2016 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/HRC/33/61/Add.2).

Informe global de Amnistía Internacional, «Condenas a muerte y ejecuciones 2016», emitido el 11 de abril de 2017 [ACT 50/5740/2017].

«Decálogo de propuestas de transparencia para los partidos ante las elecciones generales», publicado por la Fundación Civio en octubre de 2015, con motivo de las celebradas el 20 de diciembre de 2015.

Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España del Comité de Derechos Humanos, de 14 de agosto de 2015 (CCPR/C/ESP/CO/6).

Informe «El empleo fantasma que genera la tauromaquia» publicado por AVATMA el 10 de julio de 2015.

Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España emitidas por el Comité contra la tortura de Naciones Unidas, aprobadas en su sesión celebrada el 15 de mayo de 2015 (CAT/C/ESP/CO/6).

Informe «Sociedad Civil contra la Corrupción» coordinado por la Fundación por la Justicia publicado el 16 de febrero de 2015.

«Informe de Reincidencia de indultados en el año 2012», emitido por la Subsecretaría de Prevención del delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile, diciembre de 2014.

Conclusiones de la XXIV reunión nacional de Jueces Decanos de España, celebrada del 1 al 3 de diciembre de 2014 en Valencia.

Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, de 22 de julio de 2014 (A/HRC/27/56/Add.1).

Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Misión España, de 2 de julio de 2014 (A/HRC/27/49/Add.1).

Informe sobre programas y órganos de vigilancia y su impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea y en la cooperación transatlántica en materia de Justicia y Asuntos de Interior, elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 21 de febrero de 2014 [2013/2188(INI)].

Estudio elaborado por el instituto de investigación «Simple lógica» en abril de 2013 sobre valoración de la opinión pública de los indultos (<http://www.simplelogica.com/iop/iop13006.asp>).

Informe anual de la Fiscalía de la Corte Suprema chilena, publicado el 1 de marzo de 2013.

Manifiesto «Contra el indulto como fraude en defensa de la independencia judicial y de la dignidad», suscrito por doscientos Magistrados, publicado el 29 de noviembre de 2012.

Observaciones finales respecto de España del Comité contra la tortura de las Naciones Unidas, 9 de diciembre de 2009 (CAT/C/ESP/CO/5).

Informe «Víctimas de la guerra civil y el franquismo: no hay derecho», Sección española de Amnistía Internacional, noviembre de 2006.

Informe «Popolazione detenuta e risorse dell'amministrazione penitenziaria», elaborado por el Departamento de administración penitenciaria del Ministerio de Justicia de la República de Italia, septiembre de 2006.

Resolución núm. 60/147 sobre Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, emitido el 2 de agosto de 2005 por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (E/CN.4/2005/102/Add.1).

Informe «El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos» emitido por el Secretario General de las Naciones Unidas el 3 de agosto de 2004 (S/2004/616).

Resolución 2002/12, Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reformativa en materia penal, aprobada el 24 de julio de 2002 por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas.

Informe «Justice Undone: Clemency decisions in the Clinton White House, Second Report by the Committee on Government Reform, Volume 1 of 3», de la House Government Reform Committee, 14 de mayo de 2002 (H. Rept. 107-454, vol. 1).

Recomendación Rec. 99 (22) concerning prison overcrowding and prison population inflation, aprobada tras la reunión de 30 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Informe «Contra la Pena de Muerte», de Amnistía Internacional publicado en diciembre de 1996 (ACT 53/01/97/s).

Estudio sobre las leyes de amnistía y sobre su papel en la protección de la promoción de los derechos humanos, elaborado el 21 de junio de 1985 por JOINET, relator especial de las Naciones Unidas (E/CN.4/Sub.2/1985/16) –conocido también como Informe JOINET, de 21 de junio de 1985–.

Resolución núm. 1984/50, de 25 de mayo de 1984 sobre salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, aprobadas por el Consejo Económico y Social.

Resolución núm. 828 (1984) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre «Enforced disappearances», adoptada el 26 de septiembre de 1984.

Trece puntos programáticos, publicados el 30 de abril de 1938 por NEGRÍN LÓPEZ, Presidente de la II República.

Misiva remitida por el Embajador español en París al Ministro de Estado el 12 de marzo de 1877 (archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores, H2868).

Colección de las Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes y de los Reales Decretos, Órdenes, Resoluciones y Reglamentos Generales expedidos por las Secretarías del Despacho desde 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1839, tomo XXV, Ed. Imprenta Nacional, Madrid, 1840.

Material audiovisual

«Indultos destacados», difundido por El Indultómetro, proyecto de la Fundación Civio (<http://www.elindultometro.es/famosos.html>).

Entrevista a BELMONTE BELDA, responsable del proyecto El Indultómetro concedida el 15 de febrero de 2017, Al Rojo Vivo, LaSexta (http://www.lasexta.com/programas/al-rojo-vivo/entrevistas/eva-belmonte-los-indultados-de-rotase-saltaron-la-ley-de-contratos_2017021558a440fe0cf2f719cbf57480.html).

VIANA BALLESTER, «Leyes penales centenarias: indulto y prerrogativas funcionales en perspectiva histórica», conferencia celebrada el 25 de enero de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (<https://www.youtube.com/watch?v=xDYsfmjqrSE>).

«A Nation of Second Chances: President Obama's Record on Clemency», en WHITE HOUSE, 22 de noviembre de 2016 (<https://perma.cc/RZ5S-AHTD>).

Reportaje «Capítulo 155. Indultos: la trampilla de la ley», LaSexta Columna, emitido el 9 de septiembre de 2016 (http://www.lasexta.com/temas/indultos_la_trampilla_de_la_ley-1).

Entrevista al Presidente de Colombia, Santos Calderón, concedida el 7 de noviembre de 2014 a Deutsche Welle (<http://dw.com/p/1DIVB>, consultado el 20 de marzo de 2017).

JIMÉNEZ VILLAREJO, en el reportaje «Sed de justicia», Salvados, LaSexta, emitido el 12 de mayo de 2013 (http://www.lasexta.com/programas/salvados/noticias/puede-ser-que-gobierno-tenga-facultades-anular-sentencias_20130512572786ad6584a81fd884e5c1.html).

CORTÉS BECHIARELLI, «Pasado, presente y futuro del indulto en España», conferencia celebrada el 9 de mayo de 2013 en el Congreso internacional: Aproximación e integración del Derecho de América Latina a Europa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (<https://www.youtube.com/watch?v=BtFAjzDNB8U> –Parte I– y <https://www.youtube.com/watch?v=19YYbNjCkmc> –Parte II–).

AZAÑA DÍAZ, discurso ofrecido el 18 de julio de 1938, dos años después de que comenzase la Guerra Civil, en el Ayuntamiento de Barcelona, conocido como discurso Paz, Piedad y Perdón (https://www.youtube.com/watch?v=5eYT_CTG2bl).

Películas

«Bridge of spies», dirigida por SPIELBERG, 2015

«The Dirty Dozen», dirigida por ALDRICH, 1967

«Der Transport», dirigida por ROLAND, 1961

«El indulto», dirigida por SÁENZ DE HEREDIA, 1961

ANEXO

Referencias jurisprudenciales

En relación con la metodología seguida en la presente investigación, ha de advertirse el hecho de que se haya rehusado consignar los específicos numerales de los fundamentos jurídicos al citar las distintas resoluciones, por cuanto se asume, siguiendo las pautas académicas de ALFARO ÁGUILA-REAL, que la comprensión del caso íntegro, con todas sus especificidades y eventuales matices, resulta fundamental para entender el sentido de la decisión del Tribunal en un sentido u otro.

Resoluciones nacionales

Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 15/2017, de 7 de febrero, ponente: Fernández Valverde, [ROJ: ATS 543/2017]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2017, de 19 de enero, [STC 8/2017]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 955/2016, de 15 de diciembre, ponente: Colmenero Menéndez de Luarda, [ROJ: STS 5676/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) núm. 2089/2016, de 27 de septiembre, ponente: Olea Godoy, [ROJ: STS 4239/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) núm. 2020/2016, de 20 de septiembre, ponente: Olea Godoy, [ROJ: STS 4137/2016]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 144/2016, de 19 de septiembre, [STC 144/2016]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 130/2016, de 18 de julio, [STC 130/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 532/2016, de 16 de junio, ponente: Palomo del Arco, [ROJ: STS 2910/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 436/2016, de 23 de mayo, ponente: Giménez García, [ROJ: STS 2112/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) núm. 1033/2016, de 10 de mayo, ponente: De Oro-Pulido López, [ROJ: STS 2039/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 210/2016, de 5 de abril, ponente: Sarazá Jimena, [ROJ: STS 1280/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 165/2016, de 2 de marzo, ponente: Jorge Barreiro, [ROJ: STS 1228/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), rec. 833/2015, de 26 de febrero de 2016, ponente: Huerta Garicano, [ROJ: STS 728/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), rec. 177/2015, de 23 de febrero de 2016, ponente: Huerta Garicano, [ROJ: STS 677/2016]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 14/2016, de 1 de febrero, [STC 14/2016]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 12/2016, de 1 de febrero, [STC 12/2016]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 20427/2015, de 20 de enero de 2016, ponente: Jorge Barreiro, [ROJ: ATS 271/2016]

- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 4175/2015, de 15 de enero de 2016, ponente: Robles Fernández, [ROJ: ATS 70/2016]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 737/2015, de 19 de noviembre, ponente: Giménez García, [ROJ: STS 4848/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 511/2014, de 17 noviembre de 2015, ponente: Olea Godoy, [ROJ: STS 4749/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 921/2014, de 13 de noviembre de 2015, ponente: Huerta Garicano, [ROJ: STS 4675/2015]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 226/2015, de 2 de noviembre de 2015, [STC 226/2015].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 637/2015, de 29 de octubre de 2015, ponente: Marchena Gómez, [ROJ: STS 4692/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 532/2015, de 23 de septiembre, ponente: Palomo del Arco, [ROJ: STS 3874/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 879/2014, de 14 de septiembre de 2015, ponente: Murillo de la Cueva, [ROJ: STS 3940/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 513/2015, de 9 de septiembre, ponente: Del Moral García, [ROJ: STS 3994/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 367/2015, de 11 de junio, ponente: Conde-Pumpido Tourón, [ROJ: STS 2597/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 39/2014, de 8 de junio de 2015, ponente: Del Riego Valledor, [ROJ: STS 2564/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 907/2014, de 5 de junio de 2015, ponente: Robles Fernández, [ROJ: STS 2487/2015]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 177/2015, de 1 de junio de 2015, ponente: Huerta Garicano, [ROJ: ATS 4167/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de mayo de 2015, ponente: Huerta Garicano, [ROJ: STS 2324/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 201/2015, de 13 de abril, ponente: Colmenero Menéndez de Luarca, [ROJ: STS 1503/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 161/2015, de 17 de marzo, ponente: Marchena Gómez, [ROJ: STS 812/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 26/2015, de 26 de enero, ponente: Conde-Pumpido Tourón, [ROJ: STS 360/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 28/2015, de 22 de enero, ponente: Granados Pérez, [ROJ: STS 213/2015]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 251/2014, de 14 de noviembre de 2014, ponente: Robles Fernández, [ROJ: STS 4579/2014]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 159/2013, de 6 de junio de 2014, ponente: Rodríguez-Zapata Pérez, [ROJ: STS 2224/2014]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 290/2014, de 21 de marzo, ponente: Del Moral García, [ROJ: STS 1350/2014]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 227/2014, de 19 de marzo, ponente: Conde-Pumpido Tourón, [ROJ: STS 1114/2014]

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 53/2013, de 17 de marzo de 2014, ponente: Córdoba Castroverde, [ROJ: STS 847/2014]
- Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 25 de febrero de 2014 (causa especial 20.716/2009)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 407/2012, de 30 de enero de 2014, ponente: Díaz Delgado, [ROJ: STS 540/2014]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 13/2013, de 20 de noviembre de 2013, ponente: Fernández Valverde, [ROJ: STS 5997/2013]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 441/2012, de 29 de mayo de 2013, ponente: Trillo Alonso, [ROJ: STS 2740/2013]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 481/2012, de 9 de mayo de 2013, ponente: Córdoba Castroverde, [ROJ: STS 2296/2013]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 20042/2013, de 4 de abril de 2013, ponente: Granados Pérez, [ROJ: ATS 3651/2013]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 165/2012, de 20 de febrero de 2013, ponente: Lesmes Serrano, [ROJ: STS 546/2013]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 443/2012, de 23 de enero de 2013, ponente: Trillo Alonso, [ROJ: STS 296/2013]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 20285/2012, de 9 de octubre de 2012, ponente: Andrés Ibáñez, [ROJ: ATS 9613/2012]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 20380/2009, de 28 de marzo de 2012, ponente: Andrés Ibáñez, [ROJ: ATS 3009/2012]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 101/2012, de 27 de febrero, ponente: Martínez Arrieta, [ROJ: STS 813/2012]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 314/2011, de 25 de enero de 2012, ponente: Lesmes Serrano, [ROJ: STS 155/2012]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 757/2011, de 12 de julio, ponente: Ramos Gancedo, [ROJ: STS 5357/2011]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 368/2011, de 4 de mayo, ponente: Granados Pérez, [ROJ: STS 3115/2011]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 20737/2010, de 17 de enero de 2011, ponente: Prego de Oliver Tolivar, [ROJ: ATS 445/2011]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 1513/2009, de 17 de noviembre de 2010, ponente: Martínez-Vares García, [ROJ: STS 6147/2010]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1055/2010, de 12 noviembre, ponente: Saavedra Ruiz, [ROJ: STS 6222/2010]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1036/2010, de 10 de noviembre, ponente: Jorge Barreiro, [ROJ: STS 6545/2010]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 63/2010, de 18 de octubre, [STC 63/2010]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 60/2010, de 7 de octubre, [STC 60/2010]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 678/2010, de 18 de junio, ponente: Sánchez Melgar, [ROJ: STS 4330/2010]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 883/2009, de 10 de septiembre, ponente: Marchena Gómez, [ROJ: STS 5709/2009]

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 575/2008, de 7 de octubre, ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, [ROJ: STS 5041/2008]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 307/2008, de 5 de junio, ponente: Bacigalupo Zapater, [ROJ: STS 2964/2008]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 34/2008, de 25 de febrero, [STC 34/2008]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007, de 7 de noviembre, [STC 235/2007]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 798/2007, de 1 de octubre, ponente: Colmenero Menéndez de Luarda, [ROJ: STS 9099/2007]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 815/2006, de 8 de marzo, ponente: Martín Pallín, [ROJ: ATS 3856/2006]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 161/2004, de 2 de diciembre de 2005, ponente: Lucas Murillo de la Cueva, [ROJ: STS 8303/2005]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 153/2005, de 6 de junio, [STC 153/2005]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/2004, de 18 de octubre, [STC 177/2004]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1586/2003, de 3 de febrero de 2004, ponente: Martín Pallín, [ROJ: STS 579/2004]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 108/2003, de 17 de noviembre, ponente: Bacigalupo Zapater, [ROJ: ATS 13921/2003]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 694/2003, de 20 de junio, ponente: Moner Muñoz, [ROJ: STS 4310/2003]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 163/2002, de 16 de septiembre de 2002, [STC 163/2002].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 806/2002, de 30 de abril, ponente: Ramos Gancedo, [ROJ: STS 3095/2002]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2270/2001, de 1 de abril de 2002, ponente: Marañón Cávarri, [ROJ: STS 2310/2002]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2001, de 18 de diciembre, [STC 237/2001]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2338/2001, de 11 de diciembre, ponente: Giménez García [ROJ: STS 9695/2001]
- Auto del Tribunal Constitucional núm. 265/2001, de 15 de octubre, [ATC 265/2001]
- Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 1 de junio de 2001, ponente: Soto Vázquez, [BOE núm. 166, de 12 de julio de 2001, pp. 25409-25412]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 565/2001, de 5 de abril, ponente: Sánchez Melgar, [ROJ: STS 2858/2001]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 343/2001, de 7 de marzo, ponente: Martín Pallín, [ROJ: STS 1805/2001]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 95/2001, de 30 de enero, ponente: Prego de Oliver Tolivar, [ROJ: STS 519/2001]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 2940/1997, de 18 de enero de 2001, ponente: Martín Pallín, [ROJ: ATS 9890/2001]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2414/2001, de 10 de enero, ponente: Ramos Gancedo, [ROJ: STS 50/2002]

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1883/2000, de 7 de diciembre, ponente: Marañón Chávarri, [ROJ: STS 9026/2000]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 3892/1993, de 18 de octubre de 2000, ponente: González González, [ROJ: STS 7468/2000]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1563/2000, de 16 de octubre, ponente: Marañón Chavarri, [ROJ: STS 7384/2000]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 2810/1999, de 30 de junio de 2000, ponente: Martín Pallín, [ROJ: ATS 8692/2000]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1175/2000, de 30 de junio, ponente: García-Calvo Montiel, [ROJ: STS 5384/2000]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1053/2000, de 16 de junio, ponente: Saavedra Ruiz, [ROJ: STS 4964/2000]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1064/2000, de 14 de junio, ponente: Abad Fernández, [ROJ: STS 4878/2000]
- Informe del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 14 de junio de 2000 (causa especial núm. 2940/1997)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 694/2000, de 24 de abril, ponente: Delgado García, [ROJ: STS 3439/2000]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 561/2000, de 5 de abril, ponente: Saavedra Ruiz, [ROJ: STS 2813/2000]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1699/1999, de 26 de enero de 2000, ponente: Prego de Oliver y Tolivar, [ROJ: STS 420/2000]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 2042/2000, de 4 de enero, ponente: Marañón Chávarri, [ROJ: STS 35/2001]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 1210/1999, de 27 de julio, ponente: Conde-Pumpido Tourón, [ROJ: ATS 8939/1999]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 136/1999, de 20 de julio, [STC 136/1999]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 934/1999, de 8 de junio, ponente: Bacigalupo Zapater, [ROJ: STS 4032/1999]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 176/1999, de 13 de febrero, ponente: Martín Pallín, [ROJ: STS 924/1999]
- Auto del Tribunal Constitucional núm. 287/1998, de 29 diciembre [ATC 287/1998]
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 2530/1995, de 22 de septiembre de 1998, ponente: Delgado García, [ROJ: ATS 6800/1998]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2/1998, de 29 de julio, ponente: Delgado García, [ROJ: STS 8421/1998]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 613/1998, de 6 de mayo, ponente: Bacigalupo Zapater, [ROJ: STS 2896/1998].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 132/1998, de 3 de febrero, ponente: De Vega Ruiz, [ROJ: STS 637/1998]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1997, de 29 de septiembre de 1997, [STC 150/1997]
- Auto del Tribunal Constitucional núm. 278/1997, de 16 de julio, [ATC 278/1997]

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 789/1997, de 24 de mayo, ponente: Manzanares Samaniego, [ROJ: STS 3658/1997]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 328/1997, de 14 de marzo, ponente: García Ancos, [ROJ: STS 1858/1997]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 71/1997, de 27 de enero, ponente: Bacigalupo Zapater, [ROJ: STS 444/1997]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 207/1996, 29 de febrero de 1996, ponente: De Vega Ruiz, [ROJ: STS 1275/1996]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 841/1995, de 23 de enero de 1996, ponente: Martín Canivell, [ROJ: STS 281/1996]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 1939/1994, de 27 de febrero de 1995, ponente: Delgado García, [ROJ: STS 1114/1995]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 73/1995, de 11 de enero, ponente: Ruiz Vadillo, [ROJ: STS 7120/1995]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1616/1994, de 30 de mayo, ponente: Conde-Pumpido Ferreiro, [ROJ: STS 19518/1994]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/1994, de 12 de mayo, [STC 148/1994]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 2438/1993, de 10 de mayo de 1994, ponente: Ruiz Vadillo, [ROJ: STS 3489/1994]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/1994, de 24 de febrero, [STC 53/1994]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 35/1994, de 31 de enero, [STC 35/1994]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 269/1993, de 28 de enero de 1994, ponente: Moyna Ménguez, [ROJ: STS 341/1994]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 381/1993, de 20 de diciembre, [STC 381/1993]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 361/1993, de 3 de diciembre, [STC 361/1993]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 209/1993, de 28 de junio, [STC 209/1993]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2275/1993, de 23 de junio, ponente: Ruiz Vadillo, [ROJ: STS 16246/1993]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1341/1993, de 22 de abril, ponente: Soto Nieto, [ROJ: STS 16674/1993]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 89/1993, de 12 de marzo, [STC 89/1993]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 2159/1991, de 5 de marzo de 1993, ponente: Martínez-Pereda Rodríguez, [ROJ: STS 1282/1993]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 224/1992, de 14 de diciembre, [STC 224/1992]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 3632/1990, de 4 de diciembre de 1992, ponente: Granados Pérez, [ROJ: STS 8902/1992]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2315/1992, de 6 de julio, ponente: Hernández Hernández, [ROJ: STS 14773/1992]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1273/1992, de 14 de abril de 1992, ponente: Barbero Santos, [ROJ: STS 14269/1992]

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 1859/1989, de 28 de febrero de 1992, ponente: Ruiz Vadillo, [ROJ: STS 1632/1992]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 6/1991, de 15 de enero, [STC 6/1991]
- Auto del Tribunal Constitucional núm. 360/1990, de 5 de octubre, [ATC 360/1990]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 5972/1988, de 5 de julio de 1990, ponente: Moner Muñoz, [ROJ: STS 5296/1990]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 1281/1988, de 25 de junio de 1990, ponente: Ruiz Vadillo, [ROJ: STS 4918/1990]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 80/1989, de 17 de enero, ponente: Soto Nieto, [ROJ: STS 92/1989]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), rec. 116/1988, de 13 de diciembre, ponente: Moyna Ménguez, [ROJ: STS 8736/1988]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 105/1988, de 8 de junio, [STC 105/1988]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 3/1988, de 21 de enero, [STC 3/1988]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2236/1987, de 20 de noviembre, ponente: Soto Nieto, [ROJ: STS 14475/1987]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 116/1987, de 7 de julio, [STC 116/1987]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 79/1987, de 27 de mayo [STC 79/1987]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 23 mayo 1987, ponente: Vivas Marzal, [RJ 1987/3119]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1986, de 19 de diciembre, [STC 166/1986]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 147/1986, de 25 de noviembre, [STC 147/1986]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1986, de 9 de junio, [STC 76/1986]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 65/1986, de 22 de mayo, [STC 65/1986]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 530/1986, de 15 de abril, ponente: Vivas Marzal, [ROJ: STS 1846/1986]
- Auto del Tribunal Constitucional núm. 900/1985, de 13 de diciembre, [ATC 900/1985]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 122/1984, de 14 de diciembre, [STC 122/1984]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de febrero de 1984, ponente: Medina Balmaseda, [RJ 1984/1060]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 111/1983, de 2 de diciembre, [STC 111/1983]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 63/1983, de 20 de julio, [STC 63/1983]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1982, de 15 de octubre, [STC 62/1982]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1035/1982, de 15 de julio, ponente: Moyna Ménguez, [ROJ: STS 1311/1982]
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/1981, de 30 de marzo, [STC 8/1981]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1487/1980, de 30 de diciembre, ponente: Vivas Marzal, [ROJ: STS 4096/1980]

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), rec. 400.324, de 21 de mayo de 1979, ponente: Medina Balmaseda, [ROJ: STS 1636/1979]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 307/1979, de 14 de marzo, ponente: Díaz Palos, [ROJ: STS 5045/1979]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 915/1978, de 8 de noviembre, ponente: Hijas Palacios, [ROJ: STS 4539/1978]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 426/1978, de 5 de mayo, ponente: Huerta y Álvarez de Lara, [ROJ: STS 4712/1978]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 912/1977, de 28 de junio, ponente: Castro Pérez, [ROJ: STS 413/1977]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 476/1977, de 29 de marzo, ponente: Díaz Palos, [ROJ: STS 1281/1977]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 885/1976, de 23 de junio, ponente: Escudero del Corral, [ROJ: STS 305/1976]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 404/1974, de 11 de marzo, ponente: Castro Pérez, [ROJ: STS 1791/1974]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 897/1973, de 15 de junio, ponente: Hijas Palacios, [ROJ: STS 1158/1973]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 264/1973, de 20 de febrero, ponente: Escudero del Corral, [ROJ: STS 2771/1973]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 413/1969, de 4 de marzo, ponente: Escudero del Corral, [ROJ: STS 2593/1969]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 701/1968, de 3 de mayo, ponente: Escudero del Corral, [ROJ: STS 1281/1968]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 114/1961, de 2 de febrero, ponente: Castejón y Martínez de Arizala, [ROJ: STS 976/1961]
- Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 35, de 4 de febrero de 1936, p. 1082, expediente núm. 2245
- Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 35, de 4 de febrero de 1936, p. 1082, expediente núm. 2239
- Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 35, de 4 de febrero de 1936, p. 1081, expediente núm. 1597
- Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 18, de 18 de enero de 1936, pp. 583-384, expediente núm. 2152
- Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 18, de 18 de enero de 1936, p. 583, expediente núm. 2077
- Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 18, de 18 de enero de 1936, p. 583, expediente núm. 1480
- Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 7, de 7 de enero de 1936, p. 199, expediente núm. 2384
- Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1936, Gaceta de Madrid núm. 7, de 7 de enero de 1936, p. 199, expediente núm. 1836

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1933 (Jurisprudencia criminal: Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de casación y competencias en materia criminal vol. 129, 1933, p. 239)

Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Audiencia Nacional

- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Secc. 3) núm. 127/2017, de 21 de marzo, [ROJ: SAP LE 62/2017]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 2) núm. 340/2016, de 9 de mayo, [ROJ: SAP B 6819/2016]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Secc. 3) núm. 436/2015, de 27 de octubre, [ROJ: SAP O 2527/2015]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Secc. 4) núm. 143/2015, de 28 de mayo, [ROJ: SAP CA 1504/2015]

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) núm. 31/2014, de 7 de julio de 2014, ponente: Sáez Valcárcel, [ROJ: SAN 2863/2014]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 1) núm. 343/2014, de 5 de junio, [ROJ: SAP SE 2001/2014]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Secc. 2) núm. 215/2014, de 12 de mayo, [ROJ: SAP CC 330/2014]

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 9), de 21 de mayo de 2012, ejecutoria núm. 11/2010, [ROJ: AAP B 5744/2012]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 9), rec. 1/2008, de 20 de noviembre, [ROJ: SAP B 8232/2008]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 17) núm. 940/2008, de 22 de septiembre, [ROJ: SAP M 13264/2008]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Secc. 1) núm. 149/2007, de 31 de julio de 2007, [ROJ: SAP IB 1309/2007]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 2) núm. 525/2005, de 29 de diciembre, [ROJ: SAP M 14214/2005]

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria núm. 3/2002, de 10 de diciembre, [ROJ: STSJ CANT 2260/2002]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Secc. 1) núm. 15/2001, de 18 de mayo, [ROJ: SAP PO 1446/2001]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 16) núm. 438/2000, de 13 de diciembre, [ROJ: SAP M 17272/2000].

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) rec. 94/1999, de 13 de julio de 2000, ponente: Gil Sáez, [ROJ: SAN 4947/2000]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 3) núm. 39/2000, de 31 de enero, [ROJ: SAP M 1253/2000]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 4) núm. 246 bis/1999, de 14 de mayo, [ROJ: SAP M 6591/1999]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Secc. 1) núm. 140/1996, de 25 octubre [ARP 1996/940]

Resoluciones internacionales

Resoluciones dictadas por organismos de otros países

Alemania

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 2013 (2 BvR 2595/12)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 2012 (2BvR 2412/12)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012 (2BvR 1766/12)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2010 (2BvR 2299/09)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2005 (2BvR 2259/04)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2001 (2BvR 1039/01)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 1984 (BVerfGE 66, 337)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de octubre de 1977 (BVerfGE 46, 214)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de junio de 1977 (BVerfGE 45, 187)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de enero de 1971 (BVerfGE 30, 108)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1969 (BVerfGE 25, 352)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1959 (BVerfGE 10, 234)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1953 (BVerfGE 2, 213)
- Sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal de 8 de marzo de 1962 (BverwGE 14, 73)
- Sentencia del Staatsgerichtshof del Estado de Hessen de 28 de noviembre de 1973 (Neue Juristische Wochenschrift, cuaderno 18, 1974, pp. 791-793)

Argentina

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005, caso Simón, Julio Héctor y otros sobre privación ilegítima de la libertad, etc. (causa núm. 17.768)

Colombia

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 28 de enero de 2009 (C-029/09)
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 4 de diciembre de 2008 (C-1199/08)
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 25 de julio de 2006 (C-575/06)
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 18 de mayo de 2006 (C-370/06)
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 25 de abril de 2006 (C-319/06)

India

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006, caso Epuru Sudhakar & Anr contra Govt. Of A.P. & Ors, (INSC 638)

Perú

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2007 (expediente núm. 4053-2007-PHC/TC)

Portugal

- Acuerdo del Tribunal Constitucional núm. 488/2008, de 7 de octubre de 2008

Rusia

- Decisión del Tribunal Constitucional núm. 1344-O-R/2009, de 19 de noviembre de 2009

Salvador

- Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de 13 de julio de 2016 (44-2013/145-2013)

Sudáfrica

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de julio de 1996, caso CCT 17/1996, The Azanian Peoples Organization contra el Presidente de la República de Sudáfrica

Suiza

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1981 [BGE 107 Ia 103]

Resoluciones dictadas por tribunales internacionales

TEDH

- Sentencia del TEDH (Secc. 5) de 21 de julio de 2016, caso Kulinski y Sabev contra Bulgaria (Demanda núm. 63849/2009)

- Sentencia del TEDH (Secc. 4) de 3 de febrero de 2015, caso Hutchinson contra Reino Unido (Demanda núm. 57592/2008)

- Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 27 de mayo de 2014, caso Marguš contra Croacia (Demanda núm. 4455/2010)

- Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 9 de julio de 2013, caso Vinter y otros contra Reino Unido (Demandas núm. 130/2010, 3896/2010 y 66069/2009)

- Sentencia del TEDH (Secc. 2) de 8 de enero de 2013, caso Torreggiani y otros contra Italia (Demandas 43517/2009, 46882/2009, 55400/2009, 57875/2009, 61535/2009, 35315/2010 y 37818/2010)

- Decisión del TEDH (Secc. 3) de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España (Demanda núm. 30141/2009)

- Sentencia del TEDH (Secc. 2) de 29 de marzo de 2011, caso Alikaj y otros contra Italia (Demanda núm. 47357/2008)

- Decisión del TEDH (Secc. 5) de 17 de marzo de 2009, caso Ely Ould Dah contra Francia (Demanda núm. 13113/2003)

- Sentencia del TEDH (Secc. 2) de 2 de noviembre de 2004, caso Abdülsamet Yaman contra Turquía (Demanda núm. 32446/1996)

CIDH

- Sentencia de 25 de octubre de 2012, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador
- Sentencia de 24 de febrero de 2011, caso Gelman contra Uruguay
- Sentencia de 26 de septiembre de 2006, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile
- Sentencia de 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos contra Perú

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- Sentencia de 15 de mayo de 2003, asunto Prosecutor contra Laurent Semanza (Caso núm. ICTR-97-20-T)

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- Decisión del Presidente de 14 de septiembre de 2009, sobre la solicitud de perdón o conmutación de la sentencia de Plavšić (IT-00-39 & 40/1)

Reuniones y entrevistas mantenidas

Conversación telefónica con SILES SUÁREZ, Fiscal Jefe de Área de la Fiscalía de Área de Elche (que abarca los partidos judiciales de Elche y Orihuela), el 4 de mayo de 2017.

Seminario internacional «El indulto: presente y futuro», organizado en el seno del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, celebrado en Madrid los días 20 y 21 de abril de 2017.

Reuniones en el seno del proyecto de investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar», DER 2013-45562-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, celebradas el 16 de noviembre de 2016, 21 de enero de 2016 y 1 de diciembre de 2015.

Entrevista con BRODY, consejero jurídico y portavoz de la organización Human Rights Watch, concedida el 13 de marzo de 2017 en la sede Brot für die Welt (Berlín).

Sesión celebrada el 15 de diciembre de 2016, en el seno del III Ciclo de seminarios Retos y desafíos del Estado español en el siglo XXI, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Reunión con BODES TORRES, Jefe del Departamento Independiente de Asuntos Penales del Ministerio de Justicia de Cuba, celebrada el 12 de septiembre de 2016.

Reunión con PIEPER, Director del Referat sobre Verfassung und Recht, Justitiariat del Bundespräsidialamt desde 2006, celebrada el 13 de junio de 2016.

Reunión con JÄHNE, Directora de la sección Gnadenrecht del Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz de Berlín, celebrada el 7 de junio de 2016.

Reunión con MARXEN, catedrático emérito de Derecho Penal de la Humboldt Universität, celebrada el 20 de abril de 2016

Reunión con SONNEN, encargado de emisión de informes sobre solicitudes de indulto en el centro penitenciario de Plötzensee (Berlín, Alemania) desde 2011, celebrada el 18 de marzo de 2016

Primera reunión del seminario permanente de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, tras la presentación de la ponencia «El indulto: ¿tiene sentido esta institución en un Derecho penal moderno?», celebrada el 10 de noviembre de 2015

Cuadros

CUADRO 1

Divergencias configurativas de las figuras de la amnistía y el indulto particular, atendidas sus diferencias estructurales

| AMNISTÍA | INDULTO PARTICULAR |
|---|--|
| Ley → Poder legislativo | Rey - Gobierno → Poder ejecutivo |
| Incide en el delito | Incide en la pena |
| Efectos sobre el delito: excepción en aplicación de la Ley penal (o efecto derogación) | Efectos sobre la pena (el delito subsiste): modificación de su eficacia normal |
| No es personal (concedida <i>nominaten</i>). No consideración de condiciones o situación especial personal del sujeto pasivo del proceso penal | Se otorga por las circunstancias concretas que rodean y concurren en el sujeto condenado |
| Perspectiva objetiva: Otorgamiento atendiendo a motivo último de su concesión: causas y efectos para sistema sociopolítico | Perspectiva subjetiva: Otorgamiento atendiendo al sujeto condenado |
| Razones políticas (pacificación, convivencia) | Mayoritariamente razones jurídicas (pero no solo) |

CUADRO 2

Número de indultos concedidos en España desde 2007 a 15 de mayo de 2017. Los datos pertenecientes a los ejercicios 2007 a 2014, han sido extraídos de la base de datos del proyecto El Indultómetro, de la Fundación Civio. Del 2014 a 15 de mayo de 2017, se han efectuado las mediciones personalmente:

| Año | Número de indultos |
|-------|--------------------|
| 2007 | 543 |
| 2008 | 442 |
| 2009 | 438 |
| 2010 | 404 |
| 2011 | 359 |
| 2012 | 534 |
| 2013 | 204 |
| 2014 | 87 |
| 2015 | 75 |
| 2016 | 27 |
| 2017* | 18 |

* Cifra de indultos a 15 de mayo de 2017, de conformidad con el BOE.

Texto consolidado de la Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto

Exposición de Motivos

En el artículo 73 de la Constitución del Estado se otorga al Rey la facultad de conceder indultos particulares con sujeción a las leyes. Es, por consiguiente, manifiesto que debe haber una ley con arreglo a cuyas disposiciones la Corona ha de ejercer tan preciosa prerrogativa. He aquí por qué el Ministro de Gracia y Justicia tiene el honor de someter a la aprobación de las Cortes Constituyentes el adjunto Proyecto.

Cuatro han sido las principales disposiciones, en diversas épocas publicadas, para regular el ejercicio de la gracia de indulto, mereciendo por su importancia en primer lugar, entre ellas, el Decreto de 7 de diciembre de 1866.

La carencia de fuerza verdaderamente legislativa de estos decretos, simplemente administrativos, y la naturaleza misma de la prerrogativa de indultar, en cuyo ejercicio el sentimiento se sobrepone fácilmente a la razón, han sido indudablemente las causas más importantes y permanentes que produjeron con frecuencia lamentable la inobservancia de aquellas disposiciones, y dieron margen a la abusiva facilidad con que los delincuentes lograron muchas veces eximirse del cumplimiento de las penas a que se habían hecho acreedores por sus crímenes.

La necesidad cada vez más apremiante de hacer de una vez imposibles para siempre estos abusos, que tanto quebrantan la recta administración de justicia, el prestigio de los Tribunales, y la misma moralidad y orden público, reclamarían este proyecto de ley, si el precepto constitucional no lo hubiese hecho indispensable.

Cree, pues, el Ministro, que al presentarla, a la vez que cumple un deber constitucional, satisface también una necesidad fuertemente sentida por todos los hombres honrados, que exigen con perfecto derecho que la garantía judicial de su honra, de su vida y de su fortuna, no pierda su eficacia por una compasión indiscreta y ya intolerable.

El artículo 74 de la Constitución prescribe que no se concedan amnistías e indultos generales sino en virtud de una ley especial. La forma y solemnidades, por lo tanto, de la concesión de estas gracias generales, que en último término vienen a ofrecer la importancia y a producir los efectos de una derogación transitoria de la ley penal, no es ya hoy cuestión en la esfera del derecho escrito, como antes de ahora lo era en la de la ciencia.

A los indultos particulares se limita este proyecto. Y el Ministro, al redactarlo, ha procurado evitar, así los males consiguientes a la facilidad exagerada e irreflexiva en conceder las gracias de esta clase, como las consecuencias siempre lamentables de la inflexibilidad de la sentencia ejecutoria, que por mil variadas causas conviene en ciertos y determinados casos suavizar, a fin de que la equidad, que se inspira en la prudencia, no choque nunca con el rigor característico de la justicia.

Se divide el proyecto en tres capítulos. En el primero se declara quiénes pueden obtener la gracia de indulto, quedando de ella excluidos los que no hayan sido aún condenados por sentencia firme, por no ser conocida la pena de que convenga eximirles; los que se hallan en rebeldía, y los reincidentes en la misma clase de delito, a no concurrir circunstancias especiales; porque no son dignos de la gracia, que si se les otorgase produciría el funesto efecto de favorecer la impunidad y de alentar al delincuente en la senda del crimen.

Los reos de los delitos de sedición y rebelión podrán, no obstante, ser indultados, aunque se hallaren en estas circunstancias. La naturaleza de los delitos de esta clase, el carácter y condiciones de la sociedad de nuestra época, y aun altas consideraciones de gobierno, demuestran la necesidad de esta excepción.

En el capítulo II se prefijan las clases y efectos de los indultos. Se establece el principio de que en rarísimos casos debe ser concedido el indulto total, y aun en ellos tan sólo cuando estén conformes el Tribunal sentenciador y el Consejo de Estado respecto a la justicia o conveniencia pública de la concesión. Más que eximirse de la pena, se debe tan sólo en el mayor número de los casos conmutarla en otra menos grave, pero

que por su naturaleza tenga con el delito la analogía a que se aspira en el Código Penal, por la clasificación de las penas en las escalas graduales. Por esto se prescribe en el artículo del proyecto que la conmutación se hará dentro de la escala a que corresponda la pena conmutada.

El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social. Por esto se prohíben en absoluto y se declara la nulidad de los que se concedan en términos generales y sin determinar la pena que se remite. Los indultos de este modo concedidos llevarán en sí mismos la prueba más incontrovertible de la ligereza o de la irreflexión con que habían sido otorgados.

Por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia. Esta sola indicación es suficiente para demostrar cuán necesario es alejar hasta la sombra de la duda sobre los efectos que ha de producir la gracia que se otorgue. En esta necesidad se halla el fundamento de lo prescrito en los artículos 6.º, 8.º, 13, 14, 15, 16 y 18 del proyecto.

El indulto no puede perjudicar los derechos de tercera persona. Por esto, el que se conceda de las penas pecuniarias accesorias no alcanzará nunca a la remisión del pago de las que no correspondan al Estado. Por la misma razón no podrá concederse, y en todo caso no podrá llevarse a efecto, el indulto que cause perjuicio a tercero o lesione su derecho, ni el de pena impuesta por delito privado, si no ha otorgado el perdón al delincuente la parte ofendida. El respeto debido al derecho individual es causa suficientemente legítima de esta limitación impuesta al poder social.

Pero, una vez concedido el indulto, debe tener toda la fuerza de una sentencia ejecutoria. Los intereses más sagrados lo exigen así. Los principios más elementales de justicia lo proclaman también. Por esto se declaran irrevocables las concesiones de estas gracias, según las condiciones con que hayan sido hechas.

En el capítulo III se establece el procedimiento que se ha de observar en la petición y concesión de los indultos. Para pedir el perdón de un semejante, todo ciudadano, todo hombre, está suficientemente autorizado. Nadie, pues, necesitará poder escrito para satisfacer los impulsos de su piadoso corazón. El hombre siempre tiene para hacer el bien poder bastante de Dios. Los mismos Tribunales, al cumplir la severa misión de aplicar la ley, y aun el Fiscal encargado de pedir su cumplimiento, podrán proponer el indulto del sentenciado cuando crean que la justicia o la equidad pueden sufrir agravio por el inflexible rigor del precepto escrito.

Mas, si debe ser ilimitada la libertad de pedir, es necesario poner fuertes trabas a la de conceder el indulto. Por esto no podrá otorgarse desde luego y sin que antes sean conocidos todos los hechos y circunstancias, así como la opinión del Tribunal que haya sentenciado al reo y la del Consejo de Estado.

Ilustrado así el Gobierno, no son de temer las consecuencias de la precipitación y ligereza en tan delicada materia.

Y para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional.

Los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes no temen la publicidad y el juicio de la opinión. Por esto, los decretos de indulto se habrán de insertar en la Gaceta de Madrid.

Si todavía altas consideraciones, a que da margen el estado social de España, no permiten borrar de nuestras leyes la horrible pena de muerte, conviene, sin embargo, ya reducir su aplicación a los raros casos en que ni la justicia, ni la equidad, ni la conveniencia social consientan por ningún concepto su conmutación en otra menos terrible. Por otra parte, tampoco está en armonía con nuestros hábitos el rigor absoluto de la ley con muchos de los que, más por un extravío de su razón que por la perversidad de corazón, alteran el orden

público o se alzan en armas contra los poderes del Estado. Por esto, el Gobierno podrá otorgar la conmutación de la pena de muerte y de las impuestas por delitos de rebelión y sedición en otras menos graves, sin necesidad de oír previamente al Tribunal sentenciador y al Consejo de Estado.

Es altamente necesario que el indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, y sin el cual se haría imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba, de la misma mano que le impuso la pena, el beneficio del perdón que se le otorgue.

La naturaleza de la última pena y lo irreparable de sus efectos, además de lo ya indicado sobre ella, inspiraron al Ministro la excepción contenida en el último artículo del proyecto, que a la vez se halla en armonía con lo que sobre las causas de muerte se establece en el de casación criminal.

La pena de muerte no se impondrá sin que antes haya sido propuesto el indulto y el Gobierno haya tenido tiempo suficiente para resolver acerca de él.

He aquí las más capitales prescripciones que el proyecto contiene y los principales fundamentos en que descansan. Ahora falta que las Cortes Constituyentes, con la sabiduría que tanto resalta siempre en sus deliberaciones, lo purifiquen de los defectos de que sin duda adolece, imprimiendo hasta donde sea posible el sello de la perfección en el modesto trabajo que el Ministerio tiene el honor de ofrecerles.

CAPÍTULO PRIMERO. De los que pueden ser indultados

Art. 1. Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta Ley, de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido.

Art. 2. Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior: 1.º Los procesados criminalmente que no hubiesen sido aún condenados por sentencia firme. 2.º Los que no estuviesen a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena. 3.º Los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador hubiera razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia.

Art. 3. Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal.

CAPÍTULO II. De las clases y efectos del indulto

Art. 4. El indulto podrá ser total o parcial.

Será indulto total la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente. Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente. Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves.

Art. 5. Será nula y no producirá efecto ni deberá ejecutarse por el Tribunal a quien corresponda la concesión del indulto en que no se hiciese mención expresa a lo menos de la pena principal sobre que recaiga la gracia.

Art. 6. El indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la Autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión. Tampoco se comprenderá nunca en ésta la indemnización civil.

Art. 7. Podrá concederse indulto de las penas accesorias, con exclusión de las principales y viceversa, a no ser de aquellas que sean inseparables por su naturaleza y efectos.

Art. 8. El indulto de pena pecuniaria eximirá al indultado del pago de la cantidad que aún no hubiese satisfecho, pero no comprenderá la devolución de la ya pagada, a no ser que así se determine expresamente.

Art. 9. El indulto no se extenderá a las costas procesales.

Art. 10. Si el penado hubiere fallecido al tiempo o después de existir causas bastantes para la concesión de su indulto, podrá relevarse a sus herederos de la pena accesoria de multa, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 8.º y 9.º

Art. 11. El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador.

Art. 12. En los demás casos se concederá tan sólo el parcial, y con preferencia la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual. Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá también conmutarse la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, y el penado además se conformare con la conmutación.

Art. 13. Conmutada la pena principal, se entenderán también conmutadas las accesorias por las que correspondan, según las prescripciones del Código, a la que hubiere de sufrir el indultado. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que se hubiese dispuesto otra cosa en la concesión de la gracia.

Art. 14. La conmutación de la pena quedará sin efecto desde el día en que el indultado deje de cumplir, por cualquiera causa dependiente de su voluntad, la pena a que por la conmutación hubiere quedado sometido.

Art. 15. Serán condiciones tácitas de todo indulto: 1.ª Que no cause perjuicio a tercera persona, o no lastime sus derechos. 2.ª Que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte.

Art. 16. Podrán, además, imponerse al penado en la concesión de la gracia las demás condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen.

Art. 17. El Tribunal sentenciador no dará cumplimiento a ninguna concesión de indulto cuyas condiciones no hayan sido previamente cumplidas por el penado; salvo las que por su naturaleza no lo permitan.

Art. 18. La concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado.

CAPÍTULO III. Del procedimiento para solicitar y conceder la gracia del indulto

Art. 19. Pueden solicitar el indulto los penados, sus parientes o cualquiera otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación.

Art. 20. Puede también proponer el indulto el Tribunal sentenciador, o el Tribunal Supremo, o el Fiscal de cualquiera de ellos, con arreglo a lo que se dispone en el párrafo tercero, art. 2.º del Código Penal, y se disponga además en las Leyes de procedimientos y casación criminal. La propuesta será reservada hasta que el Ministro de Justicia en su vista, decrete la formación del oportuno expediente.

Art. 21. Podrá también el Gobierno mandar formar el oportuno expediente, con arreglo a las disposiciones de esta Ley, para la concesión de indultos que no hubiesen sido solicitados por los particulares ni propuestos por los Tribunales de Justicia.

Art. 22. Las solicitudes de indultos se dirigirán al Ministro de Justicia por conducto del Tribunal sentenciador, del Jefe del Establecimiento o del Gobernador de la provincia en que el penado se halle cumpliendo la condena, según los respectivos casos.

Art. 23. Las solicitudes de indulto, incluso las que directamente se presentaren al Ministro de Justicia, se remitirán a informe del Tribunal sentenciador.

Art. 24. Este pedirá, a su vez, informe sobre la conducta del penado al Jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena, o al Gobernador de la provincia de su residencia, si la pena no consistiese en la privación de libertad, y oír después al Fiscal y a la parte ofendida si la hubiere.

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

Art. 26. El Tribunal sentenciador remitirá con su informe al Ministro de Justicia la hoja histórico-penal y el testimonio de la sentencia ejecutoria del penado, con los demás documentos que considere necesarios para la justificación de los hechos.

Art. 27. Los Tribunales Supremo o sentenciador que de oficio propongan al Gobierno el indulto de un penado, acompañarán desde luego con la propuesta el informe y documentos a que se refieren los artículos anteriores.

Art. 28. Los expedientes que se formen al amparo del párrafo segundo del artículo 2.º del Código Penal se tramitarán en turno preferente cuando los informes del Ministerio Fiscal y del Establecimiento Penitenciario y del ofendido, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal. También se tramitarán en turno preferente los expedientes calificados de especial urgencia o importancia.

Art. 29. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá concederse la conmutación de la pena de muerte y las impuestas por los delitos comprendidos en los capítulos 1.º y 2.º, tít. 2.º, libro 2.º, y capítulos 1.º, 2.º y 3.º, tít. 3.º del mismo, libro del Código penal últimamente reformado, sin oír previamente al Tribunal sentenciador.

Art. 30. La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto, que se insertará en el «Boletín Oficial del Estado».

Art. 31. La aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador.

Art. 32. La solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, salvo el caso en que la pena impuesta fuese la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal sentenciador.

Disposición adicional: El Gobierno remitirá semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre la concesión y denegación de indultos. Para la presentación de los datos contenidos en el citado informe, y previa revisión del mismo, un alto cargo del Ministerio de Justicia solicitará su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.