

Joan OLIVA PRIVAT

EL INDULTO Y EL PERDÓN JUDICIAL

Trabajo Fin de Grado
dirigido por

Arturo GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI

Universitat Abat Oliba CEU
Facultad de Ciencias Sociales
Grado en Derecho

2017

DECLARACIÓN

El que suscribe declara que el material de este documento, que ahora presento, es fruto de mi propio trabajo. Cualquier ayuda recibida de otros ha sido citada y reconocida dentro de este documento. Hago esta declaración en el conocimiento de que un incumplimiento de las normas relativas a la presentación de trabajos puede llevar a graves consecuencias. Soy consciente de que el documento no será aceptado a menos que esta declaración haya sido entregada junto al mismo.

Firma:

Joan OLIVA PRIVAT

A veces las leyes que son rectamente establecidas son deficientes en algunos casos, en los que, si se observasen, se iría contra el derecho natural.

SANTO TOMÁS DE AQUINO

(Suma Teológica)

Una cosa no es justa por ser Ley. Debe ser Ley porque es justa.

MONTESQUIEU

(De l'esprit des lois)

*A mis padres,
por su apoyo incondicional y porque sin ellos nada de esto habría sido posible.*

*Al Dr. González de León,
por el rigor y empeño depositados en este trabajo.*

*A la Dra. Carmen Cortés,
por su ayuda en la elaboración de este trabajo.*

Resumen

El presente trabajo consiste en un análisis de las figuras del indulto y del perdón judicial —tanto a nivel interno como de derecho comparado— y el posterior estudio de la división de poderes, con el objetivo de razonar la sustitución de la figura del indulto por la del perdón judicial.

Resum

Aquest treball consisteix en un anàlisi de les figures de l'indult i del perdó judicial —tant a nivell intern com de dret comparat— i el posterior estudi de la divisió de poders, amb l'objectiu de raonar la substitució de la figura de l'indult per la del perdó judicial.

Abstract

This document consists of an analysis of the figures of pardon and judicial pardon — both at internally and comparative level— and the subsequent study of the division of powers, with the aim of reasoning the substitution of the figure of pardon by de judicial pardon.

Palabras claves / Keywords

Instituto de la Clemencia – Indulto – Perdón Judicial – División de poderes

Sumario

INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO PRIMERO. EL INDULTO.....	17
1. Concepto.....	17
1.1. Instituto de la clemencia.....	17
1.2. El indulto particular, el indulto general y la amnistía.....	18
A. El indulto.....	18
B. Modalidades de indulto.....	19
C. La amnistía.....	19
2. Antecedentes históricos.....	20
2.1. Antecedentes remotos.....	20
2.2. La evolución histórica en España.....	21
A. Liber Iudicorum.....	21
B. Fuero Juzgo.....	22
C. Fuero Real.....	22
D. Siete Partidas.....	22
E. Novísima Recopilación.....	24
2.3. El indulto en la etapa constitucionalista.....	24
A. Estatuto de Bayona de 1808.....	24
B. Constitución de Cadiz de 1812.....	25
C. Código Penal de 1822.....	25
D. Constituciones de 1856 y 1869.....	27
E. Ley de 18 de junio de 1870.....	28
F. Constitución de 1876.....	28
G. Constitución de 1931.....	29
2.4. El indulto en el Franquismo.....	30
2.5. La Transición.....	30

3. Régimen actual.....	31
3.1. Constitución de 1978.....	31
A. Introducción.....	31
B. Análisis de los artículos referentes al instituto de la clemencia.....	32
C. Resumen.....	33
3.2. Ley de 18 de Junio de 1870.....	34
A. Introducción.....	34
B. Exposición de motivos.....	34
C. Capítulo primero: de los que pueden ser indultados.....	36
D. Capítulo segundo: de las clases y efectos del indulto.....	39
E. Capítulo tercero: del procedimiento para solicitar y conceder la gracia del indulto.....	44
F. Disposición adicional.....	46
4. Derecho comparado.....	46
4.1. Francia.....	46
4.2. Alemania.....	48
4.3. Estados Unidos.....	49
5. Justificación doctrinal del indulto.....	52
5.1. Consideraciones previas.....	52
5.2. La posición constitucional del indulto.....	53
A. Corrección del sistema penal sustantivo y procesal.....	53
B. Adecuación a los fines constitucionales de las penas.....	54
5.4. El principio de proporcionalidad de la pena en materia de indulto.....	54
A. Cuestiones generales.....	55
B. El indulto y la proporcionalidad.....	56
6. Conclusión.....	56
CAPÍTULO SEGUNDO. EL PERDÓN JUDICIAL.....	59
1. Noción del perdón judicial.....	59
1.1. Concepto de perdón judicial.....	59
1.2. El perdón judicial y el instituto de la clemencia.....	59

2. Presupuestos doctrinales para el perdón judicial.....	61
2.1. La justicia en Aristóteles.....	61
A. Lo justo en la polis.....	62
B. Justicia y equidad.....	64
2.2. Justicia, equidad y perdón judicial.....	67
2.3. Argumentos en contra del perdón judicial.....	68
A. Libertad condicional.....	68
B. Suspensión de la ejecución.....	68
C. Potestad jurisdiccional.....	69
2.4. Fundamentos del perdón judicial.....	70
3. Antecedentes históricos.....	72
3.1. Antecedentes remotos.....	72
3.2. Derecho canónico y laico.....	72
A. Derecho canónico.....	72
B. Derecho laico.....	73
3.3. Derecho francés histórico.....	73
A. Antes de la Revolución Francesa.....	73
B. Después de la Revolución Francesa.....	74
3.4. Derecho español histórico.....	75
4. Derecho comparado.....	77
4.1. Alemania.....	77
4.2. Francia.....	78
4.3. Portugal.....	78
4.4. Suecia.....	80
5. Circunstancias especialísimas.....	81
5.1. Circunstancias especialísimas relativas al hecho delictivo.....	81
A. Gravedad del delito.....	82
B. Concurrencia de atenuantes por razón del hecho delictivo	83
C. Si ha transcurrido un tiempo inusualmente largo desde su	83
comisión.....	
5.2. Circunstancias especialísimas relativas al propio sujeto.....	83
A. Concurrencia de Atenuantes.....	83

B. Reparación del daño.....	84
C. Prevención de la situación.....	84
D. Mediación entre la víctima y el autor.....	84
E. Necesidad de reinserción y razones de prevención.....	85
F. Antecedentes penales.....	85
G. Otras circunstancias personales.....	85
6. Conclusión.....	85
CAPÍTULO TERCERO. LA SUSTITUCIÓN DEL INDULTO POR EL PERDÓN JUDICIAL.....	89
1. La división de poderes de Montesquieu.....	89
1.1. La división de poderes en Grecia y Roma.....	89
1.2. Interpretaciones sobre la separación de poderes de Montesquieu	89
A. Interpretación Jurídica.....	90
B. Interpretación Política.....	90
1.3. La separación radical de poderes de Montesquieu.....	91
1.4. Equilibrio en la distribución de poderes.....	92
1.5. Los principios generales en la tesis de Montesquieu.....	93
2. La independencia del poder judicial: una reflexión filosófica.....	93
2.1. La potestad de juzgar.....	93
2.2. Montesquieu y la filosofía aristotélica.....	94
2.3. La aplicación de leyes injustas.....	94
3. La sustitución del indulto por el perdón judicial.....	95
3.1. División de poderes.....	95
3.2. El indulto.....	96
3.3. Sustitución del indulto por el perdón judicial.....	98
4. Conclusión.....	100
CONCLUSIONES.....	102
BIBLIOGRAFIA.....	107

INTRODUCCIÓN

Friedrich Nietzsche, en su obra *Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para nadie*, definía este mundo como “eternamente imperfecto, imagen e imagen imperfecta de una contradicción eterna” y, ciertamente, España parece empeñada en tratar de hacer referencia a las palabras del filósofo germano en lo que se refiere a contradicción.

Los balances de criminalidad presentados por el Ministerio del Interior en 2015 ilustran una realidad, España es el tercer país de la Unión Europea con menor tasa de criminalidad, sólo superado por Grecia y Portugal, lo cual permite afirmar que, a día de hoy, es uno de los países con menor tasa de criminalidad y más seguros, no sólo a nivel europeo, sino también a nivel mundial.

Por otro lado y en cuanto a la población penitenciaria, el *International Center for Prison Studies* pone de manifiesto que la media de presos por cada 100.000 habitantes en España es de 133. Este hecho, teniendo en cuenta la media mundial —150 presos por cada 100.000 habitantes¹— parece carecer de importancia, en tanto que encuadrado dentro de la media.

Sin embargo, partiendo de la base de que la población penitenciaria de un país como España debería adaptarse, no a la media mundial, sino a la media de la Europa de los quince Estados —100 presos por cada 100.000 habitantes—, queda patente una contradicción.

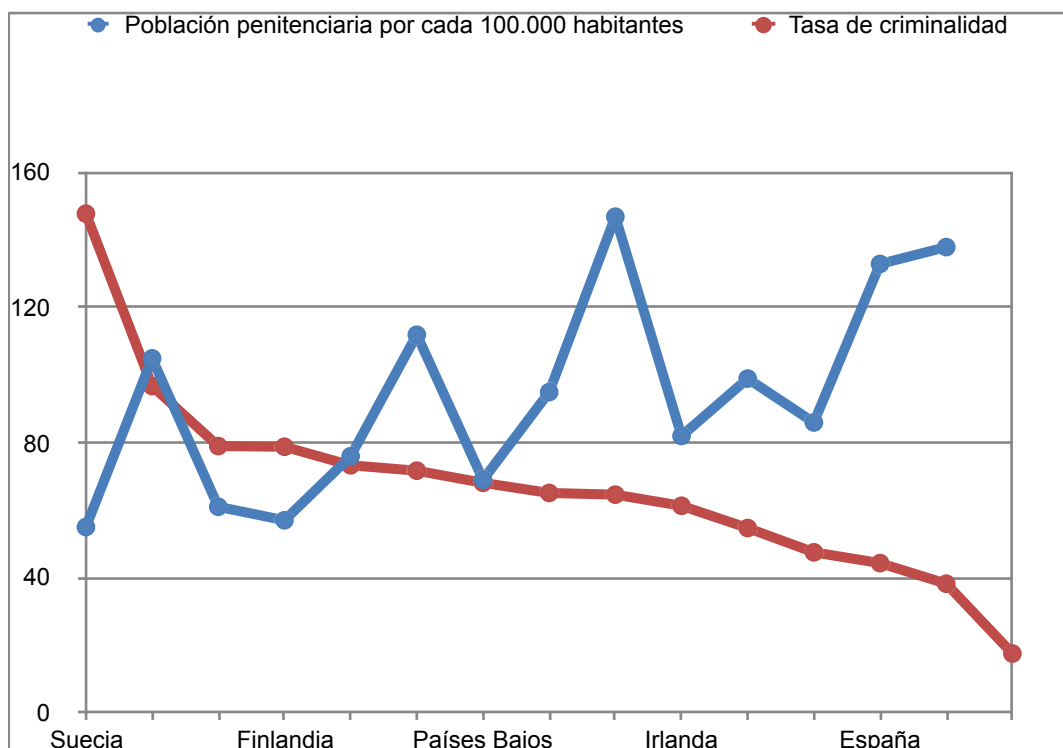
Es decir, teniendo en cuenta la Europa de los quince Estados, España es uno de los países con menor tasa de criminalidad y uno de los países con más población penitenciaria por cada 100.000 habitantes.

¹ Página web del Center for Prison Studies. Recuperado 27 de mayo de 2017, <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>.

País	Población Penitenciaria por cada 100.000 habitantes	Tasa de Criminalidad
Suecia	55	147,9
Bélgica	105	96,8
Dinamarca	61	79
Finlandia	57	78,8
Alemania	76	73,3
Luxemburgo	112	71,7
Países Bajos	69	68,1
Austria	95	65,2
Reino Unido	147	64,6
Irlanda	82	61,3
Francia	99	54,7
Italia	86	47,5
España	133	44,3
Portugal	138	38,2
Grecia	90	17,5
Media	94	67
España	-39	+29

Fuente: Elaborado con información del *Center for Prison Studies*²

² Página web del *Center for Prison Studies*. Recuperado 27 de mayo de 2017, <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>



Fuente: Elaborado con información del *Center for Prison Studies*³

Para explicar la raíz de esta contradicción —la existente en un país con baja tasa de criminalidad y una alta tasa de población penitenciaria— es necesario hacer referencia a la existencia de una doble vertiente socio-cultural y jurídico-legal.

En cuanto a la primera de estas vertientes, la socio-cultural, hay una percepción patente en el conjunto de la sociedad sobre una presunta alta tasa de criminalidad y un sistema penal blando, lejos del punitivismo, así como una forma de pensar que altera el principio fundamental de resocialización.

Esta alteración de índole socio-cultural provoca una sustitución del principio fundamental de la resocialización (25 CE) por el principio de retribución. Es decir, aunque nuestra Constitución establezca que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la resocialización, socialmente la percepción no es tal y, a diferencia de otros países como Noruega, Suecia, Finlandia o Dinamarca, la ciudadanía interpreta que la orientación que corresponde a las penas privativas de libertad es, fundamentalmente, la retribución, provocando una alteración de carácter social en lo que respecta a los principios orientadores de la pena.

³ Página web del *Center for Prison Studies*. Recuperado 27 de mayo de 2017, <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>

Posteriormente, toda esta carga ideológica de carácter social repercute en una vertiente jurídico-legal, en la medida en que la voluntad y percepción por parte de la sociedad se traslada a las cámaras de representación, permitiendo de este modo, la construcción de uno de los sistemas penales más punitivos de Europa, el español.

La explicación a este punitivismo no es más que la preferencia que tiene el legislador español por la aplicación de las penas privativas de libertad, cuya causa es la vertiente socio-cultural, y cuya consecuencia es la consolidación de un sistema penal de prisión hegemónica, enfocado en la pena de cárcel, causante de una sobrepoblación penitenciaria excesiva y desproporcionada, teniendo en cuenta la escasa tasa de criminalidad.

Por lo tanto, nos encontramos con una realidad, la tasa de criminalidad española es una de las más bajas de Europa, hecho que choca contra un sistema penal que, en vez de adaptarse a la realidad material, se adapta a una realidad social que provoca una subrogación del principio de resocialización como prioritario, sustituyéndolo por el de retribución y, como consecuencia, en vez de tender hacia un modelo tripartito —que contemple este orden: Trabajos en Beneficio de la Comunidad, Multa y Prisión— o bipartito —que contemple por igual o con preferencia la multa respecto de la prisión—, ha tendido hacia un modelo que da una respuesta principal a los delitos: una pena privativa de libertad.

La solución a este excesivo punitivismo no es fácil y consiste en una priorización del principio de resocialización desde la vertiente jurídico legal, en aras a modificar la vertiente socio-cultural. Eso es, un giro legislativo, una reestructuración del sistema penal español cuya finalidad sea realmente la que queda patente en el artículo 24 de la Constitución Española.

Para paliar este punitivismo, entran en juego distintas variables, como la flexibilidad judicial, que puede ser definida como la suma de distintos factores, tales como marcos penales amplios, circunstancias modificativas potestativas, posibilidad de renuncia de la pena por parte del juez, suspensión de la ejecución o libertad anticipada.

Al respecto, vemos como el sistema penal español es predominantemente rígido, en la medida en que impone unos marcos penales ajustados, unas circunstancias modificativas obligatorias y no hay renuncia de la pena por parte del juez, sin perjuicio de que la suspensión de la ejecución sea adecuada conforme al derecho comparado.

Partiendo de la base expuesta, es necesario centrarse en el perdón, la renuncia o la dispensa de la pena por parte del juez, como elemento que permitiría, en caso de ser traducido en el ordenamiento jurídico español, aumentar esa flexibilidad judicial y permitir un modelo menos punitivo y más enfocado hacia la resocialización y hacia la justicia material.

Habida cuenta de que la renuncia o dispensa de la pena no está prevista en el ordenamiento jurídico español, actualmente hay una figura regulada en la Ley 18/1870 conocida como indulto, la cual consiste en una causa de extinción de la responsabilidad penal, pues se refiere al perdón de una pena, realizado todo ello por el Ministro de Justicia, previa reunión del Consejo de Ministros.

Las dos figuras expuestas —el perdón judicial y el indulto—, a pesar de guardar un mismo objeto —el no cumplimiento de la pena— presentan una serie de diferencias fundamentales, como el hecho de que en el indulto el sujeto ha sido condenado y posteriormente perdonado, mientras que en el perdón judicial la resolución es precisamente la exención del cumplimiento.

Además, otra diferencia fundamental estriba en el hecho de que en el indulto hay una carencia de intermediación, la cual está claramente presente en el supuesto del perdón judicial.

Por todo esto y por el hecho de tener un objetivo común, me planteo en este estudio la sustitución del indulto por el perdón judicial, tesis que será desarrollada y argumentada a lo largo de este trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO. EL INDULTO

1. Concepto

1.1. Instituto de la Clemencia

Antes de adentrarnos en la concreción del término indulto es necesario acudir a la raíz conceptual del mismo, que permita hablar con propiedad, la cual queda patente en virtud de una distinción que realiza PANIAGUA en su libro *Amnistía e Indulto en España* y cuyo fundamento se encuentra en el instituto de la clemencia⁴.

Según el autor citado, el *Instituto de la Clemencia* es una de las instituciones más significativas para explicar y comprender el específico equilibrio de los poderes en la formación y concreción del Estado de Derecho, y sus raíces se encuentran incrustadas profundamente en el tiempo, en la historia de nuestro país.

Por su parte, Concepción ARENAL añade que no sólo es su antigüedad aquello que lo justifica, sino su valor para el poder político, al cual pertenece este instrumento, capacitándole para extinguir delitos o penas, o bien atenuar estas últimas⁵.

Sin embargo, parece necesario realizarse la siguiente pregunta: ¿qué es el instituto de la clemencia?

PANIAGUA explica que este término es empleado para denominarse comprensivamente al indulto particular, al indulto general y a la amnistía⁶. En otras palabras, estas tres figuras (indulto particular, indulto general y amnistía) comparten una misma raíz, y su semejanza permite que puedan ser englobadas dentro de una categoría superior común: el instituto de la clemencia.

Por lo tanto, si hay que dar una definición concreta a esta categoría superior común, la doctrina (si bien hay discrepancia) parece indicar que es el punto común entre aquellas figuras que permiten al poder político extinguir o atenuar los delitos y las penas.

⁴ Enrique LINDE PANIAGUA, *Amnistía e Indulto en España*, p. 13.

⁵ «no forma parte de la administración de justicia, y el que la ejerce no lo hace realmente como Jefe de Estado, sino de un partido victorioso que aplica a los vencidos la Ley del más fuerte». Concepción ARENAL, *El derecho de Gracia ante la Justicia, Obras Completas*, Tomo XII, Madrid 1896, p. 63.

⁶ «(...) con este término suele denominarse comprensivamente al indulto particular, al indulto general y a la amnistía.» Enrique LINDE PANIAGUA, *Amnistía e Indulto en España* p. 13.

Al menos así lo entiende el autor citado, al explicar que la clemencia no puede considerarse como la renuncia de la potestad punitiva, sino todo lo contrario, puesto que consiste precisamente en el ejercicio de una potestad. En este sentido, añade que estas tres figuras pueden ser englobadas dentro del Instituto de la Clemencia y tratadas unitariamente porque todas consisten en el ejercicio de una potestad por parte del poder político, que tiene como efecto hacer cesar los efectos de la potestad punitiva del Estado⁷.

1.2. *El indulto particular, el indulto general y la amnistía*

Concretada esta raíz conceptual común entre las figuras del indulto particular, indulto general y amnistía, es necesario llevar a cabo una aproximación sobre el término de Indulto, para posteriormente especificar sus modalidades, así como su diferenciación respecto de la amnistía.

A. El indulto

GARCÍA MAHAMUT define el indulto como *“un acto de condonación o remisión de toda o parte de la pena que un delincuente mereciese por su delito, la cual sólo puede ser otorgada por el Rey, pero con arreglo a las leyes⁸”*.

Por otra parte, la Real Academia Española (RAE), define esta figura como *“gracia por la cual se remite total o parcialmente o se conmuta una pena”*.

Efectivamente, el indulto es una *“causa extinctionis”* de la responsabilidad penal, consistente en la condonación de la pena, que no debe ser confundido, bajo ningún concepto, con la figura de la amnistía, en virtud de la cual no tiene lugar la condonación de la pena, sino del delito.

⁷ «Las dificultades van en aumento cuando se quiere unificar la clemencia en ordenamientos como el español e italiano. Sin embargo, no por ello creemos que deba renunciarse a comprender unitariamente estos institutos, porque de todos modos consisten en el ejercicio de potestad, que produce como efecto hacer cesar el ejercicio o efectos de la potestad punitiva del Estado, ejercida desde órganos diferentes, siendo estos caracteres a nuestro entender suficientes para justificar un tratamiento unitario.» Enrique LINDE PANIAGUA, *Amnistía e Indulto en España* p. 55.

⁸ Rosario GARCÍA MAHAMUT, *El indulto, Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid, 2004 p.27.

B. Modalidades de indulto

El indulto puede ser total o parcial y general o particular. El concepto de indulto total o parcial guarda relación con el grado de remisión de la pena, es decir, en la medida en la que esta es remitida en su totalidad el indulto es total, mientras que si esta es sólo remitida en parte, tiene lugar un indulto parcial.

Por su parte, el indulto general, aunque no venga concretado en el ordenamiento jurídico español, es definido por autores como HERRERO BERNABÉ como un *“acto de condonación o remisión de toda o parte de la pena que se proyecta sobre un conjunto indeterminado de sujetos, los cuales tienen en común el haber cometido una acción delictiva y, por lo tanto, distinguida por la ley con las mismas consecuencias desfavorables, o estar sufriendo el mismo tipo de pena con independencia de la causa⁹”*.

En cambio, el indulto particular hace referencia a aquel que *“se dirige a un sujeto concreto y determinado”*.

C. La amnistía

Respecto a la amnistía, es necesario diferenciar esta figura de la del indulto, puesto que, como expone PÉREZ DEL VALLE, *“la amnistía es una institución sustancialmente distinta del indulto¹⁰”*.

En este sentido, también añade que la Amnistía *“se caracteriza por excluir la pena con efectos retroactivos para determinados hechos punibles¹¹”*, lo cual permite argumentar que la aplicación de la amnistía no supone una remisión total o parcial de la pena (como en el indulto), sino que, en virtud de esta figura, el sujeto deja de ser culpable, hecho que permite entender la retroactividad de esta figura y a la que viene haciendo referencia este autor.

⁹ Irene HERRERO BERNABÉ, *Tesis doctoral sobre el derecho de gracia: indultos*, Madrid, 2012, p. 178.

¹⁰ «En mi opinión, de lo expuesto hasta el momento debe extraerse una primera conclusión: la amnistía es una institución sustancialmente distinta del indulto [...]» Carlos PÉREZ DEL VALLE; *Amnistía, Constitución y Justicia Material*; p.194.

¹¹ «[...] es posible mantener, en la actualidad, que no constituye el ejercicio de la prerrogativa de gracia que deriva del poder del gobierno, sino de una forma de legislación penal que se caracteriza por excluir la pena con efectos retroactivos para determinados hechos punibles.» Carlos PÉREZ DEL VALLE; *Amnistía, Constitución y Justicia Material*; p.194.

2. Antecedentes históricos

Según GARCÍA SAN MARTÍN, “la gracia, la clemencia, el perdón o el indulto, existen desde el momento en el que existe el delito¹²”.

En otras palabras, no puede hablarse de que exista el perdón o el indulto como tal antes de la institucionalización del delito, puesto que sólo en el momento en el que tiene lugar el contrato social¹³ y hay un Estado que tipifica una serie de conductas, existe una capacidad por parte del mismo de perdonar, condonar o indultar la pena, aunque a quien corresponda esta función sea al propio Rey por un tema de concentración de los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial).

2.1. Antecedentes remotos

El indulto ha tenido una larga presencia a nivel histórico y haciendo un análisis de sus antecedentes más remotos, es posible observar cómo esta figura ya se encontraba presente en el Código de Hammurabi (Babilonia, 1728 a.C), que contenía “toda una serie de edictos que hacían referencia al perdón¹⁴”.

Esta figura también está presente en los Libros Sagrados de la India¹⁵ (s. XV a.C) y en el Antiguo Egipto, cuando el Rey Atisano condonó la pena de muerte a unos salteadores de caminos¹⁶.

PESSINA¹⁷ deja constancia en su obra de cómo en Grecia se ejercía el derecho de gracia en virtud de una reunión en asamblea y en beneficio de los acusados (amnistía) y a los previamente condenados por delito (indulto).

¹² Jerónimo GARCÍA SAN MARTÍN, *Tesis doctoral sobre El control Jurisdiccional del Indulto Particular*, Las Palmas de Gran Canaria, 2006, p. 20.

¹³ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, 1762.

¹⁴ Sobremonte MARTÍNEZ, 1980, *Indultos y Amnistía*, Valencia, pág. 4.

¹⁵ MANAVA DHARMA ZASTRA, Libro IX.

¹⁶ DORADO MONTERO, P., *El Derecho Protector de los Criminales*, T. II, Libre G. Victoriano Suárez. Madrid, 1945. pp. 339 y 340.

¹⁷ PESSINA, E., *Elementos del Derecho Penal*.

Asimismo, en el Derecho Romano, durante la República (509 a.C — 27 d.C), estaba presente la “*restitutio in integrum*” y la “*restitutio damnatorum*”, que permitían la remisión de la pena y los efectos de la misma¹⁸.

2.2. La evolución histórica en España

A. Liber Iudicorum

En cuanto a los antecedentes históricos de la figura del indulto en España, es necesario emplear como punto de partida el Liber Iudicorum, puesto que, a parte de ser un texto legal en el que aparece la figura del indulto, es un texto que, por su carácter territorial, fue de aplicación en todo el Reino Visigodo y que recogía otros cuerpos legales como el Codex Revisus (LEOVIGILDO, 572-586) y disposiciones de RECAREDO (559-601), así como de los sucesores del mismo.

De este modo, en el Liber Iudicorum es destacable el siguiente fragmento: “Para determinados delitos (*crimine*) el príncipe puede en misericordia indultar (*culpa omittere*) al delincuente, para lo cual también se debería tomar en consideración el beneplácito del brazo eclesiástico”¹⁹. En este texto legal también queda patente que “La facultad del príncipe no es puramente discrecional, pues él deberá tener en cuenta para denegar ciertas licencias un cierto sentir jurídico para conceder o, en su caso, denegar el indulto (*pro causa autem gentis et patriae huiusmodi licentiam denegamus*)”.

Por lo tanto, es apreciable cómo ya en el Liber Iudicorum aparecía el indulto como acto para la condonación de la pena, ejercido por el príncipe, el cual debía contar con el beneplácito del brazo eclesiástico.

Además, también es destacable un “límite” relativo a esta facultad del príncipe, consistente en que, para la concesión de este acto de gracia, se debía tener en cuenta un “cierto sentir jurídico”, concepto absolutamente indeterminado.

¹⁸ Antonio ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*, p. 88.

¹⁹ RECESVINTO, *Liber Iudicorum*, VI, II, VI, Flavius Cintasvintus Rex.

B. Fuero Juzgo

En el Fuero Juzgo, traducción romance del Liber Iudicorum (atribuida a FERNANDO III en 1241 aproximadamente), también aparece la figura del indulto en el siguiente fragmento: *“Quando á nos ruegan por algun omne que es culpado de algun pecado contra nos, bien queremos oyr á los que nos ruegan, é guardamos por nuestro poder de aver les mercet. Mas si algun omne fizo algun malfecho contra muerte de rey ó contra la tierra, non queremos que ninguno nos ruegue por ello. Mas si el princip los quiere aver mercet por su voluntad ó Dios, fágalo con conseio de Iso sacerdotes é de los maiores de su corte²⁰”*.

C. Fuero Real

La importancia de la promulgación del Fuero Real, según HERRERO BERNABÉ, fue grande, “no tanto por lo que en sí misma llevan las leyes que contiene, cuanto porque unificó la legislación, notablemente perturbada, con la concesión de Fueros nobiliarios y municipales²¹”.

En cuanto al indulto, el Fuero Real recoge el siguiente precepto: *“(…) El perdonar la pena al reo es algo que hace el Rey si quiere, a lo que puede moverle la piedad o la merced²²”*.

D. Siete Partidas

En lo referente a las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio —redactadas entre 1256 y 1265—, es necesario analizar dos de ellas, la VII y III, en las cuales aparece regulado el derecho de gracia.

²⁰ FERNANDO III, *Fuero Juzgo*, Título I del Libro VI, VII, De la piedad de los príncipes. Recuperado 27 de mayo de 2017, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fuero-juzgo-en-latin-y-castellano--0/html/ff8b0a00-82b1-11df-acc7-002185ce6064_487.html

²¹ IRENE HERRERO BERNABÉ, *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012.

²² ALFONSO X EL SABIO, *Fuero Real*. Recuperado 27 de mayo de 2017, <http://fama2.us.es/fde/opusculosLegalesT2.pdf>

El indulto, según la Partida VII, era una facultad, no sólo del Monarca, sino también de los nobles y señores y, además, la “clemencia” (perdón) se dividía en dos clases: a) clemencia particular y b) clemencia general²³.

En cuanto a los efectos, las partidas también diferenciaban entre el perdón otorgado a aquellos sujetos cuyo juicio todavía no se había producido y el otorgado a aquellos ya condenados por un delito concreto²⁴.

Además, es necesario destacar el hecho de que el perdón estaba limitado, puesto que no podía concederse en caso de que concurriera alevosía, traición o perjuicio a terceros.

En la Partida III, quedaba patente otra limitación, consistente en que, si bien el Rey podía condonar la pena que un delincuente mereciese por un delito, este perdón no era absoluto, puesto que se debía tener en cuenta el derecho que tuviesen sobre el delincuente indultado aquellos ciudadanos que hubiesen interpuesto querrela contra el mismo²⁵.

²³ «[...] la una es (quando) quando el rey o señor de la tierra perdona generalmente a los hombres todos (omes) que tienen presos por gran alegría que tienen en sí, así como por nacencia de su hijo o por victoria que haya habido contra sus enemigos. La otra manera de perdón es quando el rey perdona alguno por ruego de alguno prelado o de rico-hombre (ome) o de otra alguna honrada persona o lo hacen por servicio que hubiesen hecho a él o a su padre o aquello de cuyo linaje vienen o aquél a quien perdona o por bondad o sabiduría o por gran esfuerzo que hubiese en el que pudiese a la tierra venir algún bien o por alguna razón semejante de éstas. E tales perdones como éstos no tiene otro poder de los hacer sino el rey.» Ley I, Título XXXII, *Partida VII*. Recuperado 13 abril 2017, des de <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/>

²⁴ «E si tal perdón hiciere antes que den sentencia contra ellos, sean por esto quitos de la pena que deben haber e cobrar su estado e sus bienes bien como los había antes, salvo quando la fama de la gente que se lo retraerán, aunque el rey lo perdone» «Como los auian ante, fueras ende quanto a la fama de la gente, que gelo retraerán, manguer el Rey lo perdone». Ley IIa, Título XXXII, *Partida VII*. Recuperado 13 abril 2017, des de <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/>

²⁵ «En qué manera debe ser hecha la carta quando el rey perdona a alguno de malfetría que haya hecho porque yaga en pena de cuerpo o de haber, debe ser hecha la carta en esta manera. Como sepan los que vieren, que tal rey perdona aquel o aquella que fuere nombrado en la carta de tal culpa en que yacía e que le da por libre, salvo esto aleve o traición e que manda que ninguno no sea osado de demandarle ninguna cosa por esta razón. Mas por tal carta como ésta no se entiende que se puede excusar de hacer derecho por el fuelo a los que querrela hubieren de él, que el rey no quita en tal carta como ésta si no tan solamente la su justicia, no otro- si no es libre sino de aquella cosa que señaladamente fuere nombrada en la carta de que el rey le perdona: e debe decir en ella si le perdona por ruego de alguno o por servicio que aquel o aquellos le habían hecho a quien hace el perdón. E esta carta deber ser sellada así como dijimos en la ley antes de ésta.» Ley XII, del Título XVIII, *Partida III*. Recuperado 13 abril 2017, des de <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/>

E. Novísima Recopilación

Por su parte, la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805), exponía que “Todos los perdones que nos hubiéremos de hacer en cada año se guarden para el Viernes Santo de la Cruz²⁶”.

Además, también añade lo siguiente: “Por Decreto de la Cámara de 30 de marzo de 1757 se previene que todos los años se pidan á cada Chancillería dos causas de reos de muerte, y á cada Audiencia una para los indultos de los Viernes Santo; y que sean de aquellas en que no hay aparte que pida, ni intervenga asesinato, robo u otro de aquellos delitos feos y enormes indignos de perdón por sus circunstancias y por la vindicta pública, si ésta se interesa gravemente en el castigo”.

En este texto legal, último a mencionar en la tradición histórica, queda patente cómo el príncipe debía abstenerse de perdonar ciertos tipos de delitos, y concretamente aquellos en los que “intervenga asesinato, robo u otro de aquellos delitos feos y enormes indignos de perdón (...)”.

Es decir, no sólo se hace referencia unos delitos concretos (asesinato y robo), sino que con la expresión “u otro de aquellos delitos feos y enormes indignos” se abre todo un abanico de posibilidades que permite que cualquier delito, siempre que el príncipe lo motive como indigno, quede excluido y, por lo tanto, no pueda ser susceptible de indulto.

2.3. *El indulto en la etapa constitucionalista*

A. Estatuto de Bayona de 1808

El Estatuto de Bayona de 1808, promulgado por José Bonaparte como Rey de España, exponía en su artículo 112²⁷ que el Rey gozaba del derecho de perdón, oído el Ministro de Justicia en un consejo formado por dos Senadores, dos Consejeros de Estado y dos miembros del Consejo Real.

²⁶ *Novísima Recopilación*, Título XLI, De los indultos y perdones reales. Recuperado 13 abril 2017, des de <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT1.pdf>

²⁷ «El derecho de perdonar pertenece solamente al Rey, y lo ejercerá oyendo al Ministro de Justicia en un consejo privado compuesto de los Ministros, de dos Senadores, de dos Consejeros de Estado y de dos individuos del Consejo Real», *Estatuto de Bayona (1808)*, Título XI, Del Orden Judicial. Recuperado 13 abril 2017, des de <http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/c08.pdf>

Un elemento particular de este Estatuto reside en el hecho de que no hay capítulo alguno dedicado a las facultades del Rey, de lo que se deduce que el Rey goza de absolutamente todas las facultades, salvo aquellas de las que hubiere hecho renuncia expresa.

B. Constitución de Cadiz de 1812

La Constitución de Cadiz de 1812, elaborada por el gobierno progresista opositor al reinado francés de José I Bonaparte, podría decirse que es la primera Constitución española que regula el derecho de gracia.

Concretamente, este derecho queda patente en el artículo 171.13, el cual atribuía al Rey la facultad de indultar a los delincuentes²⁸.

C. Código Penal de 1822

Como se ha podido observar, los textos constitucionales no sólo reconocen la facultad de los Monarcas de conceder indultos, sino que además elevan esta institución a rango constitucional.

En este sentido, más allá de su mero reconocimiento se hace necesaria su concreta regulación, la cual no sólo queda patente en la Ley de 1870, sino que empieza a apreciarse ya antes en el Código Penal de 1822, respecto del cual, GARCÍA MAHAMUT²⁹ señala las siguientes peculiaridades:

²⁸ «Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: 13) Indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes», *Constitución de Cádiz (1812)*, Título IV del Rey, Capítulo I De la inviolabilidad del Rey y de su autoridad, artículo 171.13. Recuperado 13 abril 2017, des de http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf

²⁹ Rosario GARCÍA MAHAMUT, *El indulto, Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid, 2004 p.40.

- Los artículos 156³⁰ y 157³¹ concedían al Rey la facultad de conceder indultos particulares y generales, diferenciando ambos, estableciendo que *“los indultos particulares son los que en alguna causa sobre delito determinado se conceden al reo ó reos”*, mientras que, en lo que concierne a los generales: *“(…) son los que S.M. concede sin determinación de causas ni de personas á todos los que hayan delinquido (…)”*.
- Por su parte el artículo 158³² deja constancia de que el indulto particular sólo puede ser concedido después de una sentencia condenatoria, y el 159³³ refleja cómo el indulto absoluto, es decir, aquel en virtud del cual el reo queda liberado definitivamente de la pena que se le ha imputado, no es un supuesto contemplado en el Código Penal de 1822, puesto que el indulto debe consistir en una disminución de la pena.

³⁰ «El Rey, usando de la facultad que exclusivamente le corresponde por la Constitución, puede conceder indultos particulares ó generales en favor de los delincuentes», *Código Penal de 1822*, Título Preliminar, Capítulo X De los indultos, artículo 156. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf>

³¹ «Los indultos particulares son los que en alguna causa sobre delito determinado se conceden al reo ó reos comprendidos en ella. Los generales son los que S.M. concede sin determinación de causas ni de personas á todos los que hayan delinquido, fuera de los casos exceptuados, ó las rebajas que con esta excepción otorga de las penas temporales que estén sufriendo los delincuentes», *Código Penal de 1822*, Título Preliminar, Capítulo X De los indultos, artículo 157. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf>

³² «Ningún reo puede obtener indulto particular sino después de haber sido condenado por sentencia legal que causa ejecutoria», *Código Penal de 1822*, Título Preliminar, Capítulo X De los indultos, artículo 158. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf>

³³ «El indulto particular no será jamás un perdón absoluto, ó remisión de toda la pena, sino una disminución de la señalada por las leyes, conmutándola á voluntad de S.M. en otra pena de las prescritas en este código», *Código Penal de 1822*, Título Preliminar, Capítulo X De los indultos, artículo 159. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf>

- La existencia de ciertos delitos no susceptibles de indulto también es un factor regulado en este Código, concretamente en su artículo 160³⁴.
- Además, tampoco cabe la aplicación del indulto en aquellos supuestos de reincidencia³⁵.
- Finalmente, es necesario destacar el hecho de que, en términos del artículo 164, los propios jueces, en determinados supuestos, pueden recomendar al Rey la aplicación del derecho de gracia en beneficio del reo que hubieren condenado³⁶.

D. Constituciones de 1856 y 1869

En la Constitución de 1856 también queda constancia de que corresponde al Rey la facultad de “indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, sin que pueda

³⁴ «En ningún caso puede obtener indulto particular el que haya cometido alguno de los delitos siguientes: Primero: traición contra la seguridad exterior ó interior del Estado. Segundo: delitos contra la Constitución. Tercero: cualquier atentado ó conjuración contra la persona sagrada é inviolable del Rey, ó contra la de la Reina, ó del Principe de Astúrias, ó del heredero presuntivo de la corona. Cuarto: rebelión, sedición ó conmoción popular; liga, bando ó confederación contra el Gobierno, ó contra la ejecución de las leyes, ó provocación á desobedecerlas; resistencia ó desacato á las autoridades establecidas, usurpación ó impedimento de la autoridad ó fuerza pública; asociación de malhechores, allanamiento de cárceles ó establecimientos públicos de corrección ó castigo; por lo relativo a todos estos casos á los autores, directores, promovedores y reos principales que hubieren sido aprehendidos. Quinto: delitos contra la religión. Sexto: delitos contra la fe pública, la salud pública y las buenas costumbres. Séptimo: delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Octavo: robo, malversación, extravío, destrucción ó cualquiera daño ó perjuicio causado á sabiendas en caudales ó efectos de la nación, ó de la comunidad de alguna provincia ó pueblo, ó de algún establecimiento público, incluso todo fraude contra las rentas y derechos del Estado, ó contra la causa pública. Noveno: parricidio ó asesinato. Décimo: incendio, castración ó envenenamiento cometidos á sabiendas, con intención de dañar. Undécimo: raptó y violación forzada de mujer, ó de niño ó niña que no haya llegado á la pubertad. Duodécimo: comportamiento á sabiendas de la existencia natural ó civil de los niños. Décimotercio: robos ó hurtos, bancarrotas fraudulentas, estafas y engaños, falsificación de obras ajenas y abusos de confianza. Décimocuarto: calumnias.», *Código Penal de 1822*, Título Preliminar, Capítulo X De los indultos, artículo 160. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf>

³⁵ «Tampoco puede ser indultado en ningún caso el reo de reincidencia», *Código Penal de 1822*, Título Preliminar, Capítulo X De los indultos, artículo 161. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf>

³⁶ «En los delitos capaces de indulto particular, los jueces mismos que pronuncien la sentencia contra el reo podrán recomendarle á la clemencia del Rey, expresándolo así en la propia sentencia en cualquiera de los casos siguientes: Primero: cuando sepan particularmente que el delito es falso, ó que es menor del que resulta, aunque haya resultado lo contrario en el procedimiento. Segundo: cuando el reo haya hecho anteriormente servicios importantes al Estado, juntos con la buena conducta observada antes del delito. Tercero: cuando la misma circunstancia de buena conducta anterior tenga el reo alguna habilidad, destreza, instrucción ú otro mérito extraordinario en alguna ciencia, arte, industria ú oficio útil. Cuarto: cuando hayan mediado en el delito circunstancias extraordinarias de aquellas que, no habiendo podido ser previstas probablemente por las leyes, manifiesten que el reo fue contra sus propios sentimientos é inclinaciones arrastrado al delito por algún estímulo poderoso y disculpable, ó que en el delito tuvo más parte la pasión, la desgracia, la miseria ó el error, que la malicia y la depravación del corazón. Quinto: cuando sea un pueblo entero el delincuente, ó un cuerpo de tropas, ó una porción de hombres que pase de veinte individuos», *Código Penal de 1822*, Título Preliminar, Capítulo X De los indultos, artículo 164. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf>

conceder indultos generales³⁷ y, más tarde, la Constitución de 1869 también reconoce dicha facultad³⁸.

E. Ley de 18 de junio de 1870

En 1870 tiene lugar la promulgación de la Ley que sienta las reglas para el ejercicio de la gracia del indulto. Sin embargo, la Ley de las Cortes Constituyentes de 9 de agosto de 1873 abolió el indulto para todas las penas, salvo la de muerte, hecho que permaneció hasta el Decreto de 12 de enero de 1874, el cual supuso la derogación de la Ley de 1873 y la reanudación en la aplicación de la Ley de 18 de junio de 1870.

F. Constitución de 1876

La Constitución de 1876 también atribuye al Rey la facultad de indultar a delincuentes de conformidad con las leyes, esto es, de conformidad con la Ley de 18 de junio de 1870³⁹.

Sin embargo, en 1890 tiene lugar la promulgación de la Ley de 26 de junio, en virtud de la cual se restaura el sufragio universal y entra también en la regulación del indulto en su artículo 106⁴⁰, cuando establece que, en caso de delitos electorales, se requerirá para la concesión del indulto de haber cumplido la mitad de la condena y haber satisfecho la totalidad de las penas pecuniarias y las costas.

³⁷ «Además de las prerrogativas que la Constitución señala al Rey, le corresponde: 10. Indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, sin que pueda conceder indultos generales», *Constitución de 1856*, Título VI El Rey, artículo 52.10. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cepc.gob.es/docs/constituciones-espaa/1856.pdf?sfvrsn=2>

³⁸ «Además de las facultades necesarias para la ejecución de las leyes, corresponde al Rey: 6o. Indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes, salvo lo dispuesto relativamente a los Ministros», *Constitución de 1869*, Título IV El Rey, artículo 73.6. Recuperado 13 abril 2017, http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf

³⁹ «Corresponde además, al Rey: Tercero. Indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes», *Constitución de 1876*, Título VI El Rey y sus Ministros, artículo 54.3. Recuperado 13 abril 2017, http://www.alcalaarca.com/arca/constituciones/cons_1876.pdf

⁴⁰ «No se dará curso por el Ministerio de Gracia y Justicia ni se informará por 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 costas. Las Autoridades y los individuos de Corporación, de cualquier orden o jerarquía, que infringiesen esta disposición, dando lugar a que se ponga a la resolución del rey la solicitud de gracia, incurrirán en la responsabilidad establecida en el artículo 369 del Código Penal. De toda concesión de indulto dará conocimiento el Gobierno a la Junta Central del Censo», Ley de 26 de junio de 1890, artículo 106.

G. Constitución de 1931

Las elecciones generales españolas de 1931 llevaron a la creación de unas Cortes Constituyentes que aprobaron la Constitución española republicana de 1931, hecho seguido de la proclamación de la II República Española.

En este sentido, esta Constitución republicana de 1931 recogía en su artículo 102⁴¹ una serie de puntos a destacar:

- Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento.

- No se concederán indultos generales.

- El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del fiscal de la Junta de Prisioneros 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.

Por lo tanto, es posible observar cómo tiene lugar el reconocimiento constitucional de dos figuras, la amnistía y el indulto, aunque este último sólo particular, pues queda prohibida la concesión de indultos generales.

Además, la facultad de concesión de los indultos particulares corresponde al poder judicial y, concretamente, al Tribunal Supremo (aunque a propuesta del tribunal sentenciador, del fiscal de la Junta de Prisioneros o a petición de parte, salvo que el delito sea de extrema gravedad, en cuyo caso a quien corresponde la concesión es al Presidente de la República).

⁴¹ «Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los 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 propuesto del Gobierno Responsable», Constitución de 1931, Título VII Justicia, artículo 102. Recuperado 13 abril 2017, http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf

La expresión que acuña el artículo 102 de “*extrema gravedad*”, según GARCÍA SAN MARTÍN, hace referencia a la pena de muerte, “*cuya subsistencia aún no se había decidido en el momento de aprobar el artículo 102 de la Constitución*”⁴².

2.4. *El indulto en el Franquismo*

En cuanto a la etapa histórica del Franquismo (1939-1975), tiene lugar una concentración de poderes, en detrimento de la separación conseguida durante el periodo de la II República, hecho que se traduce en la atribución de la facultad de indultar en exclusiva al Jefe del Estado.

Los textos legales a tener en consideración son, en primer lugar, el Decreto de 22 de abril de 1938, en virtud del cual se ratifica la Ley de 18 de junio de 1870, aunque con ciertas modificaciones, como la eliminación de los informes preceptivos y vinculantes del Consejo de Estado.

En segundo lugar, la Ley Orgánica de 10 de enero de 1967, la cual atribuye al Jefe del Estado la “*prerrogativa de gracia*” en su artículo 112⁴³.

2.5. *La Transición*

Cinco días después de la muerte del dictador tuvo lugar la promulgación del Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, en virtud del cual se concedió un indulto general con motivo de la proclamación del nuevo Rey.

⁴² «Este último vestigio de la gracia *more regio* fue mantenido para los delitos llamados “de extrema gravedad”, circunloquio bajo el que acabaron ocultándose, sencillamente los sancionados con la pena de muerte, cuya subsistencia aún no se había decidido en el momento de aprobar el artículo 102 de la Constitución» Jerónimo GARCÍA SAN MARTÍN, *Tesis Doctoral sobre El Control Jurisdiccional del Indulto Particular*, Las Palmas de Gran Canaria, 2006, p.41.

⁴³ «El Jefe del Estado es el representante supremo de la Nación; personifica la soberanía nacional; ejerce el poder supremo político y administrativo; ostenta la Jefatura Nacional del Movimiento y cuida de la más exacta observancia de los Principios del mismo y demás Leyes fundamentales del Reino, así como de la continuidad del Estado y del Movimiento Nacional; garantiza y asegura el regular funcionamiento de los Altos Órganos del Estado y la debida coordinación entre los mismos; sanciona y promulga las leyes y provee a su ejecución; ejerce el mando supremo de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire; vela por la conservación del orden público en el interior y de la seguridad del Estado en el exterior; en su nombre se administra justicia; ejerce la prerrogativa de gracia; confiere, con arreglo a las leyes, empleos, cargos públicos y honores; acredita y recibe a los representantes diplomáticos y realiza cuantos actos le corresponden con arreglo a las Leyes fundamentales del Reino», Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, Título II Jefe del Estado, artículo 6.

Sin embargo, fue el Real Decreto-Ley 10/1976, de julio el que encarnó el acto político que llevaría al cierre de las cuentas del pasado⁴⁴. Este Real Decreto-Ley tenía por objeto delitos claramente políticos e imponía como límite para su concesión que aquellos “no hubieran puesto en peligro o lesionado la vida o integridad de las personas”, puesto que ello servía precisamente como fundamento para la amnistía.

Sin embargo, este requisito ocasionó grandes perjuicios y discriminaciones, lo cual llevó a la promulgación del Real Decreto-Ley 19/1977.

Además, a todo esto es necesario sumarle el Real Decreto de 14 de marzo de 1977, el cual trataba de completar los dos Reales Decretos-Leyes anteriores, y tenía como objetivo la concesión de un indulto general a todos aquellos sancionados por delitos y faltas con intencionalidad política⁴⁵.

Finalmente, la Ley 46/1977, de Amnistía cerró la concesión de este tipo de gracia para delitos esencialmente políticos.

3. Régimen actual

3.1. Constitución de 1978

A. Introducción

En orden a llevar a cabo un análisis sobre el régimen jurídico actual del indulto en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario, en primer lugar, estudiar los artículos que contiene nuestra Carta Magna y que hacen referencia a esta figura, puesto que nos encontramos ante una terminología confusa, sobre la que la doctrina no se acaba de poner de acuerdo.

⁴⁴ «Al dirigirse España a una plena normalidad democrática ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en 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 y la integridad de las personas», Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio.

⁴⁵ «Se concede indulto general del resto pendiente de cumplimiento de las penas impuestas o que pudieran imponerse a los incursores en responsabilidad por delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión no amnistiados conforme al Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, e incluidos en su ámbito temporal, salvo que fueren responsables en concepto de autores», Artículo 1 RDL 388/1977

Esto es debido a que, en nuestra Constitución, no aparecen nombrados o definidos los conceptos de indulto general, indulto particular o amnistía propiamente, sino que aparecen en diferentes artículos los términos de derecho de gracia (artículo 62.i CE⁴⁶), prerrogativa de gracia (artículo 87.3 CE⁴⁷) y prerrogativa real (artículo 102.3 CE⁴⁸).

A mi juicio, no es plausible señalar que cada uno de estos términos sea autónomo, es decir, que cada uno de ellos se relacionen con las diferentes figuras de estudio (por ejemplo, el derecho de gracia con el indulto particular, la prerrogativa de gracia con el indulto general, etc.), sino que parece más bien que el legislador los ha empleado —de forma errónea— como sinónimos.

Efectivamente, cuando el legislador habla de derecho de gracia, prerrogativa de gracia o prerrogativa real, se está refiriendo a una misma institución, esto es el instituto de la clemencia al que se ha hecho referencia anteriormente.

Por lo tanto, cuando los artículos de nuestra Constitución utilizan los términos “derecho de gracia”, “prerrogativa de gracia” o “prerrogativa real”, se refieren al instituto de la clemencia y, por lo tanto, aluden tanto al indulto particular, como al indulto general y a la amnistía.

B. Análisis de los artículos referentes al instituto de la clemencia

Partiendo de esta base y habiendo dejado claro que la terminología que emplea el legislador, si bien es confusa, permite deducir que alude a un único término que hemos identificado como Instituto de la Clemencia. En este sentido, es necesario analizar todos los artículos de nuestra Carta Magna que se refieren a dicho concepto.

⁴⁶ «Corresponde al Rey: i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales», Artículo 62.i, Constitución Española de 1978.

⁴⁷ «Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia», Artículo 87.3, Constitución Española de 1978.

⁴⁸ «La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo», Artículo 102.3, Constitución Española de 1978.

En primer lugar, el artículo 62.i CE indica que “Corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley”, de lo cual se deduce que: a) El instituto de la clemencia son figuras propias del Monarca; y b) El ejercicio de estas figuras es concretado por el legislador.

Además, este mismo artículo añade que “(...) no podrá autorizar indultos generales”, por lo que el indulto general queda descartado del Instituto de la Clemencia español por mandato constitucional, permitiendo únicamente el indulto particular y la amnistía.

Por su parte, el artículo 87.3 CE hace referencia a la incompatibilidad entre la regulación del instituto de la clemencia y la presentación de proposiciones de ley por iniciativa popular.

Finalmente, el artículo 102.3 CE explica que el indulto particular y la amnistía no serán aplicables en ninguno de los siguientes supuestos: a) En lo referente a la responsabilidad criminal del Presidente y demás miembros del Gobierno; y b) En casos de acusación por traición o cualquier delito contra la seguridad del Estado.

C. Resumen

Llegados a este punto es necesario tener presentes los siguientes elementos:

- a) La Constitución hace mención al Instituto de la Clemencia
- b) La Constitución hace una prohibición expresa del Indulto General
- c) El Instituto de la Clemencia está formado sólo por el indulto particular y la amnistía
- d) Ambas figuras deben ser concretadas por las leyes. Sin embargo, como este estudio trata del indulto, nos centraremos sólo en esta figura.

3.2. Ley de 18 de junio de 1870

A. Introducción

Como bien se ha expuesto en el apartado anterior, de los artículos 62.i, 87.3 y 102.3 de la Constitución Española de 1978 se desprende que el instituto de la clemencia o prerrogativa de gracia es entendido como una facultad del Rey, que sólo puede ser ejercida de conformidad a las leyes positivas.

En orden a no entrar en un debate sobre la amnistía, puesto que, como bien explica PÉREZ DEL VALLE, hay discrepancias entre la doctrina acerca de si nuestra Constitución hace prohibición expresa o no de la misma⁴⁹, es necesario centrarse en la figura del indulto particular, la cual queda regulada en la Ley de 18 de junio de 1870.

B. Exposición de motivos

En la exposición de motivos de la Ley de 18 de Junio de 1870, es posible apreciar, en primer lugar, que se justifica como necesaria para la habilitación de la potestad que el artículo 62.i de la Constitución de 1978 otorga al Rey, puesto que la misma debe ser ejercida “con arreglo a la ley”.

Por lo tanto, se dedica a especificar y matizar los requisitos y propiedades a tener en cuenta en la concesión del indulto.

Asimismo, hace referencia a las diversas disposiciones que han regulado esta figura, subrayando su carácter administrativo, hecho que condujo a una regulación vaga y

⁴⁹ «[...] Esta situación lleva incluso afirmar a un sector de la doctrina a afirmar que “la Constitución de 1978 prohíbe los indultos generales y, por tanto, también la amnistía (art.62.i) quedando como única institución del derecho de gracia el indulto particular”, regulado por la Ley 1/1988. Una afirmación tan radical es puesta en duda, sin embargo, hasta por autores que no silencian su simpatía por esta solución, pero que reconocen ciertos límites en orden a la interpretación del contenido de la Constitución. Se indica, en este sentido, que “si los indultos generales están constitucionalmente prohibidos, con mayor razón debe prohibirse la amnistía”, aunque se admite que, para ello, “la Constitución debería haber prohibido también expresamente la amnistía por las mismas o más razones que no permite los indultos generales” y que en manos del Parlamento quedaría la posibilidad de dictar una ley de amnistía», Carlos PÉREZ DEL VALLE; *Amnistía, Constitución y Justicia Material*; pág. 188 y 189.

poco sería de esta institución⁵⁰, lo cual llevó a la redacción de un cuerpo legislativo que paliara toda esa serie de defectos.

Después de una breve exposición de los capítulos que contiene la norma (los cuales serán explicados posteriormente), es destacable un fragmento en el que el legislador hace referencia al hecho de que “el indulto sólo debe ser concedido en pleno conocimiento de los hechos y todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, la equidad o la conveniencia social⁵¹”, puesto que “por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia”.

Esto último, de entrada, ya plantea una serie de dudas, puesto que el poder ejecutivo contradice una sentencia dictada justamente, lo cual conduce a una serie de preguntas: ¿Realmente el poder ejecutivo tiene capacidad para tener un conocimiento pleno de los hechos y todas sus circunstancias tal y como describe la ley? ¿Es posible tener dicho conocimiento sin atender a principios que sólo tiene capacidad para seguir un juez tales como el de inmediación o “*iura novit curia*”? ¿Supone un perjuicio para la separación de poderes en un Estado el hecho de que el poder ejecutivo pueda contradecir al judicial?

Si bien todas estas cuestiones surgen al leer el preámbulo de la Ley 18/1870, no es mi intención tratar resolverlas ahora, sino más adelante, por cuanto ahora toca seguir realizando un análisis objetivo del indulto.

En este sentido, la exposición de motivos continua haciendo referencia al hecho de que “el indulto no puede perjudicar a los derechos de terceras persona. Por esto, el que se conceda de las penas pecuniarias accesorias no alcanzará nunca a la remisión del pago a las que no correspondan al Estado”, lo cual no plantea un

⁵⁰ «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», *Ley de 18 de junio de 1870*, Exposición de motivos.

⁵¹ «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», *Ley de 18 de junio de 1870*, Exposición de motivos.

problema de lógica jurídica, puesto que es necesario interpretar la Ley 18/1870 conforme a nuestro ordenamiento jurídico actual, entendiendo que el fragmento citado habla de la responsabilidad civil derivada del delito, la cual es una institución con fundamento distinto.

Finalmente, la ley alude al hecho de que “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”, motivo por el cual deja al Tribunal Sentenciador la aplicación de la gracia⁵², dejando previamente claro que la misma viene impuesta por el Ministro de Justicia con previa deliberación del Consejo de Ministros⁵³.

C. Capítulo primero: de los que pueden ser indultados

En el capítulo primero, el legislador deja constancia de “aquellos que pueden ser indultados”, sentando una regla general en el artículo 1 de esta ley, explicando que “los reos de cualquier clase de delitos podrán ser indultados, en todo o en parte de la pena”⁵⁴.

Sin embargo, a continuación añade la excepción (artículo 2⁵⁵), puesto que, si bien los reos de cualquier clase de delitos podrán ser indultados, quedan exceptuados los siguientes: a) los procesados que todavía no han sido condenados por sentencia firme, b) los que no están a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena y c) los reincidentes.

No obstante, aunque los reincidentes no puedan ser indultados, el legislador añade la excepción de la excepción. Es decir, los reincidentes no podrán ser indultados,

⁵² «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.», *Ley de 18 de junio de 1870*, Exposición de motivos.

⁵³ «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.», *Ley de 18 de junio de 1870*, Exposición de motivos.

⁵⁴ «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.», *Ley de 18 de junio de 1870*, art. 1.

⁵⁵ «Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior: 1.º Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme. 2.º Los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena. 3.º Los reincidentes en el mismo o en otro cualquier delitos, por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia», *Ley de 18 de junio de 1870*, art. 2.

salvo que, “a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia”.

Esta última excepción nos lleva a una la consideración terminológica de “justicia”, “equidad” y “conveniencia pública”, conceptos que se deberán utilizar para motivar el indulto de un reincidente y que serán estudiados con mayor detalle en el siguiente punto (D).

Por su parte, el artículo 3 de este capítulo hace referencia a que todo lo dispuesto en el artículo 2 no será de aplicación a aquellos sujetos que hayan sido penados “por los delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos II, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal”. De esta afirmación puede llegar a deducirse que pueden ser indultados quienes aún no han sido condenados, los reincidentes sobre los que el tribunal que les condena entiende incluso que no existen razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para conceder el indulto, y aquellos que no se hallen a disposición del tribunal sentenciador por haber incurrido en lo que tradicionalmente se ha venido en denominar delitos políticos.

GARCÍA MAHAMUT se decanta por una interpretación teleológica y expone la necesidad, al estudiar este artículo de la Ley del Indulto, de retrotraerse a la voluntad del legislador expresada a través de la Ley 1/1988, adaptada a los delitos del Código Penal de 1973⁵⁶.

A la luz del Código Penal de 1973 los delitos mencionados en el artículo 3 de la Ley del Indulto son aquellos que hacen referencia a los delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno (Capítulo I); los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes (Sección Primera del Capítulo II del Título II del Libro II); los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes (Sección II del capítulo II del Título II del Libro II); rebelión (Capítulo III del Título II del Libro II); y sedición (Capítulo IV del Título II del Libro II). A lo que hay que sumar las disposiciones comunes a los delitos de rebelión y sedición previstas en el Capítulo V del Título II del Libro II del Código Penal de 1973.

⁵⁶ La redacción original exponía que “Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en lo capítulos 1.º y 2.º, libro 2.º, y capítulo 1.º, 2.º y 3.º del mismo libro del Código Penal últimamente reformado.

Según esta misma autora, la intención del legislador con este artículo consistía en dotar de un tratamiento diferenciado y favorable a toda una serie de delitos políticos en un contexto en el que no tenía razón de ser, resaltando como marco histórico el golpe de estado militar fallido siete años atrás⁵⁷.

En cuanto al razonamiento al que se ha hecho mención, es decir, la deducción por virtud de la cual el artículo 3 de la Ley del Indulto habilita para indultar a aquellos que aún no han sido condenados, sobre los reincidentes sin razones suficientes por el Tribunal Sentenciador y aquellos que no se hallen a disposición del Tribunal Sentenciador, hay enfrentamiento entre la doctrina.

LLORCA ORTEGA defiende que la condición de penado ha de concurrir cualquiera que sea la clase de delito, mientras que AGUADO RENEDO sostiene que “lo cierto es que la taxatividad literal del artículo 3 de la Ley del Indulto resulta difícilmente controvertible, porque no deja margen para la interpretación excluyente (...)”⁵⁸, decantándose por una lectura más literal de este artículo.

A mi juicio resulta incoherente considerar una lectura literal del artículo 3 de la Ley del indulto, puesto que tal afirmación implicaría una atribución de competencias al poder ejecutivo propia del poder judicial, cuando el artículo 117.3 de nuestra Constitución indica claramente que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

Tal consideración, a parte de suponer una interpretación inconstitucional de este precepto, resulta incoherente, puesto que el artículo 3 señala como requisito que el sujeto se encuentre encuadrado dentro de una serie de delitos y esta relación entre delito y delincuente sólo puede ser realizada por jueces, lo cual deja absolutamente al margen al poder ejecutivo.

⁵⁷ «Sin embargo, la Ley 1/1988, en lo que atañe al art. 3 LI, amén de concordar los delitos del vetusto Código Penal con el entonces vigente, no entró a modificar la lógica jurídica a la que respondía el art. 3 en 1870, esto es, ofrecer un tratamiento claramente diferenciado y aparentemente más favorable a una serie de delitos políticos en un momento en que, desde la perspectiva histórica, no tenía razón de ser. No pasa desapercibido, sin embargo, que apenas habían pasado siete años de un intento de golpe de estado militar y para el legislador del momento adquiriese un significado diverso el hecho de mantener y adecuar tal disposición.», Rosario GARCÍA MAHAMUT: *El indulto, Un análisis jurídico-constitucional*, pág. 154,

⁵⁸ C. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales*, p. 110.

Por lo tanto, en la medida en que la aplicación literal del artículo 3 LI supondría un desplazamiento de la función judicial en el poder ejecutivo, es necesario decantarse por la postura de LLORCA ORTEGA, y señalar que la condición de penado debe incurrir siempre. Además, la consideración literal también supondría una interpretación contraria a la propia definición de indulto que otorga la propia Ley en su artículo 4º y que será analizado a continuación.

D. Capítulo segundo: de las clases y efectos del indulto

El artículo 4 señala las clases de indulto, indicando que este podrá ser total o parcial. Entendido por indulto total “la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente” y por parcial “la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o parte de todas en las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente”.

También señala que la conmutación de la pena o penas impuestas a delincuentes en otras menos graves se considerará, del mismo modo, indulto parcial.

El artículo 5 expone como requisito para la concesión del indulto la mención expresa (como mínimo) de la pena principal sobre la que recaiga la gracia. En caso de no cumplir con tal requisito, el indulto carecerá de efecto y no deberá ejecutarse por el Tribunal al que corresponda.

Por su parte, el artículo 6 LI hace referencia a la vinculación de las penas accesorias respecto de la principal, alegando que el indulto de la pena principal afecta también a las accesorias. Sin embargo, añade que el indulto no alcanza la inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la Autoridad, salvo mención expresa de las mismas. Esto no sucede con la indemnización civil, la cual nunca será alcanzada por el indulto aunque este haga mención expresa de la misma.

El artículo 7 LI indica que el indulto podrá ser concedido únicamente para las penas accesorias, excluyendo las penas principales, y al revés, salvo que ello sea imposible por su propia naturaleza y efectos.

En cuanto a las cuantías, el artículo 8 señala que el indulto de pena pecuniaria exime del pago de la cuantía todavía no desembolsada, pero ello no implica la devolución de la cuantía previamente abonada, salvo que se determine

expresamente. Además, el artículo 9 señala que el indulto no podrá extenderse, bajo ningún concepto, a las costas procesales.

Finalmente, el artículo 10 de esta misma Ley deja constancia de que, en caso de que el penado hubiere fallecido, podrá relevarse a sus herederos de la pena accesoria de multa, los cuales quedarían exonerados de la misma.

El artículo 11 nos habla del indulto total, haciendo referencia a que este será otorgado a los penados sólo en aquellos casos en los que “concurran razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal Sentenciador”, razones que ya fueron vistas en el artículo 2 de la misma ley.

Es necesario entender el indulto como un acto administrativo, esto es, según ZANOBINI “cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un órgano de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa⁵⁹”.

En este sentido y entrando dentro de la clasificación de actos administrativos estaríamos ante un Acto Administrativo de carácter político y discrecional, en oposición a uno de carácter reglado que consiste en una mera aplicación del derecho positivo. Sin embargo, a pesar de ser un acto administrativo discrecional, integra toda una serie de conceptos jurídicos indeterminados (justicia, equidad y utilidad pública), los cuales limitan esa discrecionalidad.

ESTEVE PARDO explica la diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados indicando que la discrecionalidad es un “margen de decisión que la ley deja explícitamente o reconoce implícitamente a la administración⁶⁰”, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados son un recurso al que la ley acude porque es incapaz de concretarlos, de forma que, por un lado es competencia de la Administración concretarlos (siempre siguiendo una categoría lógica) y, por otro lado, estos conceptos limitan esa discrecionalidad de la Administración.

⁵⁹ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general I*.

⁶⁰ «La discrecionalidad, como acabamos de ver, es un margen de decisión que la ley deja explícitamente o reconoce implícitamente a la Administración. Cualquier opción que la Administración adopte en ese margen se considera válida, se ajusta a la legalidad que le deja ese margen, y no será admisible una revisión de esa decisión por los tribunales, puesto que nos e vulnera la legalidad en modo alguno», José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, p. 109.

El efecto de esto es que, según este autor, “mientras los actos puramente discrecionales de la administración no pueden ser objeto de control judicial, la aplicación por la administración de conceptos jurídicos indeterminados puede ser revisada por los tribunales para verificar si la concreción del concepto indeterminado por la Administración es la que la ley requiere, pues al fin y al cabo por tratarse de un concepto que está en la ley su interpretación y concreción corresponde en último término a los tribunales”.

Me atrevería a señalar esta teoría como la más idónea, por cuanto debe haber un control por parte de los tribunales, en la medida en la que la Administración trata con conceptos propiamente jurídicos.

Siguiendo esta línea, la STS 20/2013, que resuelve sobre el derecho de gracia e indulto, refuerza esta teoría señalando que, como tribunal, deben enjuiciar si las “razones de justicia, equidad o utilidad pública”, son conforme a los principios de la lógica jurídica. Por lo tanto, asumiendo que la especificación de esas razones tiene poca discusión desde una perspectiva jurisdiccional, sí que hay que atender a la exigibilidad de un proceso lógico que no puede resultar arbitrario, de forma que los tribunales están habilitados para controlar que esas razones no son una “construcción en el vacío⁶¹”.

Asimismo, también destaca el hecho de que estas razones de equidad, justicia y utilidad pública, las cuales deben constar en el Acuerdo, pueden responder a muy distintas causas, desde las de carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar.

Otras sentencias, como la STS de 27 de abril de 1983, fundan esta necesidad de control judicial en la aspiración de “evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierte esta en causa de decisiones desprovistas de

⁶¹ «[...] 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. [...] Por tanto, se insiste entre la intocable decisión de la concesión —o denegación— de un indulto, tras el seguimiento del procedimiento establecido (en el que ha de constar la solicitud de los preceptivos informes y los demás elementos reglados), y la especificación en el Acuerdo de concesión de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública —variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional—, se nos presenta como exigible un proceso lógico que no puede resultar arbitrario, y del que ha de desprenderse que las expresadas razones no son una construcción en el vacío.»., STS 20/2013, Jurisdicción Contencioso-Administrativo, p. 14-15.

justificación fáctica alguna”. Por su parte, la STS de 29 de noviembre de 1985 señala la necesidad de que, para evitar la arbitrariedad en la decisión discrecional, esta “debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera”, afirmación que puede relacionarse, a su vez, con las STSS de 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985 cuando señalan que la Administración está obligada a “aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican; motivos y fines que en el ejercicio del derecho de gracia, son conocidas razones de justicia, equidad o utilidad pública.

Partiendo de la redacción previamente expuesta del artículo 11, el artículo 12 señala que “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”.

La STS de 20 de noviembre de 2013 es muy ilustrativa, al analizar ambos preceptos, llegando a deducir una serie de puntos que deja patentes:

- Para la concesión de un indulto total, resulta imprescindible la concurrencia de razones de justicia, equidad o utilidad pública, que habrán de constar en el informe que se emita por el Tribunal Sentenciador.
- Sin la concurrencia de tal informe —y de las expresadas razones— el indulto sólo podrá ser parcial.
- Con carácter preferente, el indulto parcial habrá de consistir en “la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual”.
- Pese a tal preferencia establecida en la Ley del Indulto —en relación con los indultos parciales— por el sistema de conmutación de la pena impuesta por “otra menos grave dentro de la misma escala gradual”, sin embargo, el objeto de tal conmutación, también podrá consistir “en otra —pena— de distinta escala”.

- Para que ello resulte posible el citado artículo 12 de la Ley del Indulto exige una triple condición: a) que existan méritos suficientes para ello; b) que así se exprese en el informe del tribunal sentenciador; y c) que el penado además se conforme con la conmutación.

En cuanto a la conmutación (sustitución) de la pena, el artículo 13 de la Ley del Indulto expone que, en caso de conmutar la pena principal, se entenderá del mismo modo conmutadas las accesorias, a excepción de matización en contrario por parte de la concesión de gracia.

El siguiente artículo deja patente que esa conmutación de la pena quedará sin efecto a partir del día en el que el indultado deje de cumplir, por cualquiera causa dependiente de su voluntad, la pena a la que por la conmutación hubiere quedado sometido.

Esto es, en caso de dejar de cumplir la pena sustituta, el penado volverá a la pena sustituida.

El artículo 15 señala como condiciones tácitas del indulto las dos siguientes: a) que no cause perjuicio a tercera persona o lastime sus derechos; y b) que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que se hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte.

Por su parte, el artículo 16 deja patente la posibilidad (por parte del tribunal) de imponer al penado una serie de condiciones en el momento de la concesión del indulto, siempre que estas sean aquellas que “la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen”.

El artículo 17 expone que es “*conditio sine qua non*” el cumplimiento de condiciones para la concesión del indulto, a menos que su naturaleza no lo permita. Y, finalmente, el artículo 18 deja constancia el carácter irrevocable del indulto.

E. Capítulo tercero: del procedimiento para solicitar y conceder la gracia del indulto

En cuanto al procedimiento para solicitar el indulto, el artículo 19 de la Ley 18/1870 señala que este podrá ser solicitado por los propios penados, sus parientes o cualquier persona en su nombre, sin necesidad de acreditar poderes de representación.

Asimismo, el indulto también podrá ser solicitado por el propio tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo o el Fiscal de cualquiera de ellos, siempre que ello se haga con arreglo al artículo 2 (párrafo 2º) del Código Penal⁶², y se disponga de las leyes de procedimientos y casación criminal.

A continuación, el artículo 21 señala que el Gobierno podrá formar el expediente para la concesión de aquellos indultos que carecen de una solicitud previa.

Por lo tanto, en base a todo lo expuesto, de la ley se desprende que hay dos fórmulas para dar comienzo al procedimiento de indulto: a) Solicitud por parte del penado, familiares o cualquier otra persona, Tribunal Sentenciador, Tribunal Supremo o Ministerio Fiscal; y b) Tramitación directa del expediente por parte del Gobierno.

El artículo 22 de la Ley 18/1870 señala que las solicitudes de indulto pueden ser interpuestas ante estos tres órganos: a) el Tribunal Sentenciador, b) el Jefe del establecimiento en el que el penado cumpla condena, o c) el Gobernador de la provincia en la que el penado se halle cumpliendo condena.

Actualmente, la figura del gobernador de la provincia no existe como tal, por lo que sería pertinente plantearse si la solicitud de indulto debería poder ser interpuesta ante la delegación del gobierno.

Una vez interpuesta, los órganos mencionados la remitirán al Ministro de Justicia, el cual, posteriormente, remitirá dicha solicitud al tribunal sentenciador para la elaboración de un informe (artículo 23).

⁶² «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.» Párrafo 2º del artículo 2 del *Código Penal*.

El artículo 32 de la Ley 18/1870 expone que la solicitud o propuesta de oficio del indulto no suspende el cumplimiento de la condena.

Una vez la solicitud se haya presentado ante uno de los órganos competentes señalados en el artículo 22 de la Ley 18/1870, estos la remitirán al Ministro de Justicia, quien a su vez la remitirá al tribunal sentenciador para la elaboración de un informe.

Además, Ministro de Justicia (y de Gracia) también remitirá la solicitud para al elaboración de un informe sobre la conducta del penado al Jefe del establecimiento penitenciario o al Gobernador de la provincia (en caso de que no se trate de una pena privativa de libertad).

Asimismo, también se oirá al Fiscal y a la parte agraviada (si la hubiere).

El informe del tribunal sentenciador, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 18/1870, deberá contener la edad del penado, su estado y profesión, su fortuna, sus méritos y antecedentes, si es reincidente, si ha cumplido con anterioridad una pena impuesta, si fue indultado con anterioridad (incluyendo las causas en caso afirmativo), circunstancias atenuantes y agravantes que han concurrido en la ejecución del delito, tiempo que pasó en prisión preventiva o provisional, su conducta, pruebas o indicios sobre su arrepentimiento, si hay parte ofendida y si el indulto perjudica el derecho de algún tercero, así como cualesquiera otros datos que puedan ser útiles para “mejor esclarecimiento de los hechos”.

Una vez redactado el informe con todos los requisitos en cuanto al contenido del artículo 25, el tribunal sentenciador lo remitirá al Ministro de Justicia (artículo 26).

En el caso de que la solicitud de indulto no sea a propuesta del penado, familiares u otros, sino de oficio por parte del Tribunal Supremo o Sentenciador, estos deberán acompañar con la solicitud el informe preceptivo al que se ha hecho referencia, con el mismo contenido (artículo 27).

Una vez confirmada la recepción de los informes por parte del Ministro de Gracia y Justicia, este, de conformidad con el artículo 28, remitirá el expediente al Consejo de Estado, concretamente a su Sección de Gracia y Justicia, para que estudie e informe sobre la justicia, equidad o conveniencia de la concesión del indulto en ese caso concreto.

La concesión del indulto debe hacerse en virtud de Decreto motivado y acordado en el Consejo de Ministros, que quedará publicado en el Boletín Oficial del Estado y, en cuanto a la aplicación o ejecución del indulto, esta corresponderá al tribunal sentenciador.

F. Disposición adicional

La Disposición Adicional de la Ley 18/1870 deja patente la obligación por parte del Gobierno de remitir semestralmente al Congreso de los Diputados un informe detallado sobre la concesión y denegación de indultos, el cual deberá ser presentado por un alto cargo del Ministerio de Justicia ante la Comisión correspondiente, del Congreso de los Diputados.

4. Derecho comparado

Una vez realizada una aproximación conceptual y terminológica sobre el indulto, comentados sus antecedentes históricos en el Estado español y analizada su regulación actual, se hace patente la necesidad de comparar esta institución con otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Sin embargo y ante la imposibilidad de abarcar todos los ordenamientos jurídicos existentes, esta comparación quedará limitada a los siguientes países: Francia, Alemania y Estados Unidos.

4.1. Francia

El ordenamiento jurídico francés denomina “gracia” a lo que nosotros entendemos por “indulto particular” (aquel dirigido a un sujeto concreto y determinado) y la presencia de esta figura queda patente en el artículo 17 de la Constitución Francesa⁶³, el cual atribuye al Presidente de la República esta prerrogativa.

En este sentido, es posible definir el derecho de gracia como “el acto mediante el cual el Presidente de la República modifica las condiciones de ejecución de una pena a la que una persona ha sido condenada. Podrá consistir en la remisión de todo o parte de la condena⁶⁴”.

⁶³ «El Presidente de la República tendrá la prerrogativa de indulto a título individual» Artículo 17 de la *Constitución Francesa*.

⁶⁴ P. AVRIL y J. CICQUEL, *Lexique de Droit constitutionnel*, París, PUF, 1994, p.47

Esta institución se encuentra regulada en el Código Penal francés, en su Capítulo III “De la extinción de las penas y de la cancelación de las condenas” y, concretamente, en su Sección II sobre el indulto, conformada por los artículos 133-7 y 133-8.

El artículo 133-7 CPF⁶⁵ indica que el indulto sólo puede consistir en la dispensa de la ejecución de una pena, con lo cual realiza una separación entre indulto y amnistía, por cuanto el indulto no puede suponer dispensa alguno por la comisión delictual, sino meramente de la ejecución que esta desencadena.

Por su parte, el artículo 133-8 CPF⁶⁶, deja constancia de que la concesión de indulto no implica, bajo ningún concepto, la vulneración del derecho que tiene toda víctima a la reparación del perjuicio que ha sido causado por la infracción que ha llevado a término el sujeto susceptible de ser indultado. Esto es, si bien se exime de responsabilidad penal, no cabe la extinción de la responsabilidad civil, del mismo modo que suceden en nuestro ordenamiento jurídico y en virtud del artículo 6 de la Ley 18/1870.

Dicho esto, es necesario añadir que en el ordenamiento jurídico francés, la gracia (del mismo modo que en el ordenamiento jurídico español) puede ser total o parcial, es decir, puede afectar a toda o sólo a una parte de la pena.

Por lo tanto, de todo lo expuesto se deduce lo siguiente:

- a) La Constitución Francesa atribuye al Presidente de la República la prerrogativa de indulto.
- b) En el ordenamiento francés sólo cabe el indulto particular, el cual queda regulado en el Código Penal Francés y está claramente diferenciado respecto de la amnistía.
- c) La concesión de indulto no exime la responsabilidad civil.
- d) Puede afectar a toda o sólo a una parte de la pena.

⁶⁵ «El indulto implicará solamente la dispensa de ejecutar la pena.» Artículo 133-7 del Código Penal Francés. Recuperado 13 abril 2017, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30410/PDF>

⁶⁶ «El indulto no supondrá un obstáculo al derecho de la víctima de obtener la reparación del perjuicio causado por la infracción.» Artículo 133-8 del Código Penal Francés. Recuperado 13 abril 2017, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30410/PDF>

4.2. Alemania

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania expone en su artículo 60.2⁶⁷ que el Presidente Federal “ejercerá en nombre de la Federación el derecho de gracia en cada caso particular”, facultad que podrá delegar en otras autoridades al tenor del artículo 60.3⁶⁸ de la misma ley.

En la Constitución Alemana no es posible encontrar ninguna otra referencia respecto del indulto. Sin embargo, es necesario tener en cuenta la existencia de los Estados Federados o Länders, los cuales pueden regular el ejercicio del indulto, siempre atendiendo a los límites del artículo 452⁶⁹ del Código procesal penal alemán o Strafprozeßordnung (StPO), el cual deja en manos de los Länders todos aquellos asuntos referentes al derecho de indulto que no hagan referencia a lo “decidido en primera instancia en el ejercicio de la jurisdicción de la Federación”.

El hecho de que Alemania este configurado como un Estado Federal permite que el ejercicio del indulto quede en manos de los Gobiernos de los Länders que así lo hayan determinado en sus respectivas Constituciones. Así es el caso de la Constitución del Estado libre de Baviera, la cual establece, en su artículo 47.4⁷⁰ que al Presidente del Gobierno Regional le corresponde el ejercicio del derecho al indulto.

No obstante, y a tenor de lo expuesto, se hace necesaria la matización acerca del límite que aporta el artículo 452 StPO anteriormente comentado, el cual es necesario poner en conexión con toda una serie de artículos, de los cuales, el primero es el 95 LFB, en virtud del cual “la Federación creará como Tribunales supremos la Corte Federal de Justicia, la Corte Federal Contencioso-administrativa, la Corte Federal de

⁶⁷ «2. Ejercerá en nombre de la Federación el derecho de gracia en cada caso particular» Artículo 60.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (LFB). Recuperado 13 abril 2017, [https:// www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf](https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf)

⁶⁸ «3. Podrá delegar estas facultades en otras autoridades» Artículo 60.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (LFB). Recuperado 13 abril 2017, [https:// www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf](https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf)

⁶⁹ «En cuestiones en las que haya decidido en primera instancia en el ejercicio de la jurisdicción de la Federación, el derecho de indulto le corresponderá a la Federación. En todos los otros asuntos, les competirá a los Estados Federados» Artículo 452 del Código Procesal Penal Alemán (StPO). Recuperado 13 abril 2017, [http://portal.setec.gob.mx/docs/ cp_alemania.pdf](http://portal.setec.gob.mx/docs/cp_alemania.pdf)

⁷⁰ «El presidente del gobierno regional (...) 4. Ejerce el derecho al indulto en casos excepcionales» Artículo 47.4 de la Constitución del Estado libre de Baviera. Recuperado 13 abril 2017, [https:// www.bayern.landtag.de/fileadmin/Internet_Dokumente/Sonstiges_P/BV_Verfassung_Spanisch_formatiert_14-12-16.pdf](https://www.bayern.landtag.de/fileadmin/Internet_Dokumente/Sonstiges_P/BV_Verfassung_Spanisch_formatiert_14-12-16.pdf)

Hacienda, la Corte Federal de Trabajo y la Corte Federal Social”, todo esto, “en los ámbitos de las jurisdicciones ordinarias, administrativa, financiera, laboral y social”.

Por lo tanto, lo que hace este artículo es garantizar una tramitación por instancia desde los tribunales de los Länders a un Tribunal Supremo Federal.

No obstante, el artículo 96 de la misma ley deja constancia de que la Federación podrá crear otros Tribunales Federales, así como otorgar el ejercicio de la jurisdicción federal a los Tribunales de los Länders. En concreto, se atribuye en primera instancia al Tribunal Superior de Justicia de los Länders la competencia para ejercer la jurisdicción federal sobre una serie de delitos contemplados en el artículo 120 LFB.

Por lo tanto, de toda esta relación se desprende que, cuando el Tribunal Superior de los Länders haya decidido en primera instancia y en el ejercicio de la jurisdicción de la federación sobre una serie de delitos expresados en el artículo 120 LFB (traición a la paz, alta traición, traición a la patria, asesinato, provocación de explosión, etc.), el derecho de indulto de los penados por estos delitos deberá ser concedido por el Presidente de la Federación y no por el Gobierno de los Länders.

En consecuencia, y en virtud de una interpretación a *contrario sensu*, todo lo que no quede englobado en la categoría anterior sí que corresponderá al Gobierno de los Länders.

4.3. *Estados Unidos*

Estados Unidos es uno de los Estados más recientes, con fecha de creación en 1776 y sorprende encontrar una figura propia del Antiguo Régimen —pues la clemencia era una institución propia del Rey— en un país sin tradición monárquica.

Esto permite observar el indulto no como una mera “deformación profesional”, sino como una institución que, pese a estar fundada en el Antiguo Régimen, ha evolucionado y se ha adaptado a las necesidades y demandas de justicia material que exigen las democracias actuales. No obstante, estas reflexiones serán estudiadas con más grado de detalle en el siguiente apartado y, especialmente, en el Capítulo Tercero.

En el caso que nos ocupa ahora, sobre el indulto en Estados Unidos, esta prerrogativa es atribuida al Presidente, conforme a lo estipulado en el Artículo II/ Sección 2^a⁷¹ de la Constitución, en virtud del cual “el Presidente (...) estará facultado a (...) conceder indultos por delitos contra los Estados Unidos, excepto en los casos de juicios políticos”.

Por lo tanto, a excepción de los casos de juicios políticos, todas las peticiones de indulto son dirigidas al Presidente para ser concedidas o denegadas por el mismo. Sin embargo, todas estas peticiones son remitidas para la realización de un informe no vinculante a la U.S. Pardon Attorney, un órgano del Departamento de Justicia que tiene como objetivo revisar y recomendar estas peticiones⁷².

La propia U.S. Pardon Attorney explica cómo el indulto sólo se extiende a delitos penales, y cómo este, en tanto prerrogativa de gracia que corresponde al Presidente, puede adoptar diferentes formas, incluyendo: a) Perdón (indulto), b) Conmutación (sustitución) de la sentencia, y c) Remisión, restitución o aplazamiento de la multa⁷³.

⁷¹ « El Presidente será comandante en jefe del Ejército y la Marina de los Estados Unidos y de la Reserva Militar de los diversos Estados, cuando se la llame al servicio activo de los Estados Unidos; podrá solicitar la opinión, por escrito, del funcionario principal de cada uno de los departamentos administrativos con relación a cualquier asunto que se relacione con los deberes de sus respectivos cargos, y estará facultado a suspender la ejecución de sentencias y conceder indultos por delitos contra los Estados Unidos, excepto en los casos de Juicios Políticos. Él tendrá facultad, por y con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal que den su anuencia dos terceras partes de los Senadores presentes; y propondrá, y con el consejo y consentimiento del Senado, nombrará a Embajadores, demás Ministros públicos y Cónsules, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y todos los demás funcionarios de los Estados Unidos cuya designación no provea este documento en otra forma y que hayan sido establecidos por ley: pero el Congreso podrá, por Ley, conferir el nombramiento de los funcionarios inferiores que considere convenientes, al Presidente solamente, a los Cortes Judiciales o a los Jefes Departamentales. El Presidente tendrá el derecho de cubrir todas las vacantes que ocurran durante el receso del Senado, extendiendo nombramientos provisionales, que terminarán al final del siguiente período de sesiones.» Artículo II/Sección 2^a de la Constitución de los Estados Unidos. Recuperado 13 abril 2017, https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf

⁷² «For over 100 years, the President has relied on the Department of Justice, and particularly the Office of the Pardon Attorney, for assistance in the exercise of the executive clemency power granted to the President by Article II, Section 2 of the Constitution» The United States Department of Justice, Pardon Attorney. Recuperado el 13 de abril de 2017, <https://www.justice.gov/pardon/about-office>.

⁷³ «Under the Constitution, the President's clemency power extends only to federal criminal offenses. Executive clemency may take several forms, including pardon, commutation of sentence, remission of fine or restitution, or reprieve» The United States Department of Justice, Pardon Attorney. Recuperado el 13 de abril de 2017, <https://www.justice.gov/pardon/about-office>.

Este órgano, en cuanto a su tarea de revisión, investigación y recomendación sobre las solicitudes de indulto, da preferencia a aquellas que cumplen con una serie de requisitos, tales como los siguientes:

- a) Que el sujeto esté cumpliendo una sentencia federal en prisión y que, en caso de ser condenado hoy, hubiese tenido una pena menor.
- b) Que no sea violento, que haya cometido delitos insignificantes y que no tenga lazos significativos con organizaciones criminales.
- c) Que haya cumplido al menos 10 años de su condena.
- d) Que no tenga un historial criminal significativo.
- e) Buena conducta en la cárcel.
- f) Que no tenga antecedentes de violencia antes o durante el periodo de cumplimiento⁷⁴.

Sin embargo, es necesario tener presente que estas sólo son pautas para la realización del informe no vinculante que debe realizar la U.S. Pardon Attorney y que va dirigido al Presidente, a quien corresponde, en último término, la concesión de los indultos, los cuales pueden ir dirigidos en cualquier momento tras la comisión del delito. Es decir, el beneficiario no tiene por qué haber sido condenado, de lo cual se deduce que en este ordenamiento jurídico no queda clara la división entre indulto y amnistía, conceptos que se encuadran dentro del “*pardon*” o “Perdón”.

Asimismo, también es necesario destacar el hecho de que el Presidente sólo puede perdonar a aquellos sujetos que hayan cometido delitos penados por la Ley Federal, y los Gobernadores de los Estados tienen esa misma facultad en lo que concierne a los delitos encuadrados en la Ley Criminal del Estado correspondiente.

⁷⁴ «Under the new initiative, the Department will prioritize clemency applications from inmates who meet all of the following factors: a) They 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; b) They are non-violent, low-level offenders without significant ties to large scale criminal organizations, gangs or cartels; c) They have served at least 10 years of their prison sentence; d) They do not have a significant criminal history; e) They have demonstrated good conduct in prison; and f) They have no history of violence prior to or during their current term of imprisonment.» The United States Department of Justice, Pardon Attorney. Recuperado el 13 de abril de 2017, <https://www.justice.gov/pardon/about-office>.

5. Justificación doctrinal del indulto

5.1. Consideraciones previas

Como bien se ha explicado a lo largo de este capítulo, y concretamente en el apartado de antecedentes históricos, el Instituto de la Clemencia, entendido como el punto de conexión entre el indulto general, indulto particular y amnistía, tiene su origen en facultades que ejercía el Rey conforme a su soberanía.

Una vez planteada la separación de poderes por parte de BODINO y por orden de Luis XIV, se tomó consciencia de esa famosa desunión que posteriormente acuñaría MONTESQUIEU, de los poderes ejecutivos, legislativo y judicial, y que permitiría ubicar al Rey en la cúspide del poder ejecutivo.

Posteriormente a la caída del Antiguo Régimen y la conversión del poder ejecutivo en una institución de carácter democrática, el Instituto de la Clemencia, que hasta ahora era propio del monarca como representante del poder ejecutivo, pasó a ser propio de un Gobierno elegido democráticamente y que actuaría como representante de este mismo poder.

Realizada esta breve aproximación histórica sobre la figura que nos ocupa, es preciso realizar toda una serie de cuestiones, puesto que estamos ante una figura cuyo origen se encuentra en la facultad de un Rey soberano surgida de forma anterior a la separación de poderes y, por consiguiente, en un contexto de confusión de los mismos.

Entonces, en esta línea, resulta prudente preguntarse cuál es la posición constitucional del indulto, y cuál es la justificación que da la doctrina para su mantenimiento en un Estado social y democrático de Derecho del siglo XXI, puesto que esta figura supone una excepción al cumplimiento —total o parcial— de las penas que han sido impuestas por aquellos a quien, conforme al artículo 117.3 CE⁷⁵, corresponde de forma exclusiva juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

⁷⁵ «3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.» Artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978.

5.2. La posición constitucional del Indulto

En cuanto a las justificaciones doctrinales sobre la posición constitucional del indulto que legitimen su aplicación en un Estado social y democrático de derecho, es posible encontrar, a mi juicio, dos argumentos que sustentan esta pretensión: a) La necesidad de corrección del sistema penal sustantivo y procesal y b) La adecuación a los fines constitucionales de las penas.

A. Corrección del sistema penal sustantivo y procesal

De acuerdo con FERRAJOLI y su consideración acerca del garantismo penal⁷⁶, el Estado debe aportar el máximo de garantías posibles pero con una mínima intervención, de lo cual deriva el derecho penal mínimo, en virtud del cual el derecho penal debe reducirse a la mínima expresión en aras a la proporción de toda una serie de garantías materiales y procesales.

Entonces, partiendo de esta base, el poder punitivo del Estado debe reducirse a la mínima expresión, lo cual no obsta que puedan surgir incoherencias en el momento de la individualización de la pena.

Estas incoherencias, tal y como apunta GARCÍA MAHAMUT⁷⁷, pueden atender a distintas razones:

- a) Que la pena sea excesiva porque resulte demasiado severa atendiendo al mal causado por el delito o las circunstancias personales del reo.
- b) Porque los hechos hubiesen podido ser enjuiciados de modo que hubiese dado lugar a una pena inferior.
- c) Porque entre el hecho y la ejecución de la sentencia se produzca una dilación excesiva que conduzca a una pena excesiva.
- d) Que la pena sea excesiva, bien porque resulte demasiado severa atendiendo al mal causado por el delito o las circunstancias del reo, bien porque los hechos hubiesen podido ser enjuiciados de modo que hubiese dado lugar a una pena inferior.

⁷⁶ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*, 1995.

⁷⁷ Rosario GARCÍA MAHAMUT. *El indulto: Un análisis jurídico-constitucional*, página 209.

Todos estos motivos permiten argumentar la necesidad de la introducción de un instrumento jurídico —el indulto— que solucione todas estas incoherencias, en aras a la corrección del sistema penal sustantivo y procesal.

B. Adecuación a los fines constitucionales de las penas

El artículo 25.2 de la Constitución Española señala que las penas privativas de libertad, así como las medidas de seguridad, deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social, principios que constituyen uno de los pilares básicos a tener en cuenta para la concesión del indulto.

Dicho de otra forma, la concesión del indulto debe apoyarse en los fines constitucionales que deben cumplir las penas, por lo que se hace necesaria la motivación de la no necesidad o previa consecución de los mismos.

5.3. El principio de proporcionalidad de la pena en materia de indulto

Llegados a este punto, es necesario estudiar el principio de proporcionalidad, el cual —de conformidad con lo expuesto por el Tribunal Constitucional— debe estar presente y ser respetado en el ámbito del derecho punitivo.

Como previamente se ha expuesto en este trabajo, en la individualización de la pena pueden surgir ciertas incoherencias, las cuales pueden ser apreciadas por el juez y elevadas al Gobierno en virtud de proposición de indulto, pues están habilitados para ello conforme al artículo 4.3 del Código Penal⁷⁸.

Además, a nadie se le escapa que los poderes públicos se hallan sujetos al cumplimiento de este principio, último motivo por el que se hace necesario el análisis de este principio.

⁷⁸ «3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.» Artículo 4.3 del Código Penal.

A. Cuestiones generales

El derecho penal, en términos de LASCURAÍN SÁNCHEZ, constituye un “sector del ordenamiento que, por definición, se compone de normas más restrictivas de libertad y cuya restricción más usual, la pena por excelencia, tiene por contenido la manifestación más física y primaria de la libertad, que es la libertad personal o ambulatoria”⁷⁹.

Esto debe ponerse en relación a la visión de KLUTH sobre el principio de proporcionalidad, pues según este autor sirve “para controlar la idoneidad de los instrumentos y medios de actuación empleados por el Estado, en tanto establece el deber de los poderes públicos de utilizar aquellos medios e instrumentos que menos limiten la libertad de los ciudadanos”.

Por lo tanto, de este conjunto de afirmaciones no sólo se desprende el hecho de que los poderes públicos quedan sujetos al principio de proporcionalidad, sino que este resulta de verdadera importancia si tenemos en cuenta que el Estado, en uso del “*ius puniendi*”, tiene la capacidad de privar de libertad ambulatoria a aquellos sujetos que se encuentran encuadrados en un concreto tipo penal.

Además, BARNES deja patente que el principio de proporcionalidad “está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como las de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio⁸⁰”.

En esta línea, nuestro Tribunal Constitucional ha argumentado en diferentes sentencias que “la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza” (SSTC 62/1982, 66/1985, 136/1999).

⁷⁹ J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La proporcionalidad de la norma penal*.

⁸⁰ J. BARNES, *El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar*.

B. El indulto y la proporcionalidad

En consecuencia, y al tenor de lo expuesto por la doctrina, el indulto aparece como una figura idónea para la materialización de este principio de proporcionalidad, pues permite evitar esa “desproporción” entre el fin perseguido y los medios empleados (que, muchas veces, vienen impuestos por las reglas de individualización de las penas que los jueces se ven obligados a aplicar).

Es decir, al haber poca flexibilidad judicial, y al estar obligados los jueces a aplicar unas reglas para el cómputo de la pena de forma matemática, se hacen más evidentes esas incoherencias que pueden surgir en la individualización de la pena, puesto que los jueces tienen un reducido margen para apreciar esas circunstancias personales a las que se ha venido haciendo referencia y, en este sentido, el indulto es una figura que permite corregir estas carencias en nuestro ordenamiento jurídico.

6. Conclusión

El instituto de la clemencia es aquella institución encargada de la extinción o atenuación de los delitos o las penas, formado por distintas figuras, tales como la amnistía, el indulto general y la que conforma el objeto de este primer capítulo: el indulto particular.

Esta última figura, entendida como “acto de condonación de toda o parte de la pena que un delincuente mereciese por su delito”, puede ser total (en caso de remitir la totalidad de la pena) o parcial (en caso de conmutar remitir sólo una parte) y aparece claramente diferenciada respecto del indulto general, el cual va dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos, mientras que el que nos ocupa se dirige a sujetos concretos y determinados.

Asimismo, la figura del indulto particular también ha sido diferenciada respecto de la amnistía, la cual tiene por objeto la condonación no de la pena como en el caso del indulto, sino del delito.

Realizada esta aproximación conceptual, se ha dejado constancia de sus antecedentes históricos, los cuales ya podían empezarse a apreciar en el Liber Iudicorum, el Fuero Juzgo y el Fuero Real, los cuales entendían el indulto como una facultad del Rey para perdonar la pena a aquellos sujetos que habían sido previamente condenados por un delito.

Posteriormente, con la democratización del poder ejecutivo en 1931, el derecho de gracia pasó a ser una facultad propia del poder judicial y del Presidente de la República, para finalmente ser una figura que hoy en día corresponde al Rey, pero que es administrada efectivamente por un poder ejecutivo elegido democráticamente.

En cuanto a la regulación actual de la figura del indulto, esta reside en la Ley 18/1870, la cual está dividida en tres capítulos: Capítulo I de los que pueden ser indultados, Capítulo II de las clases y efectos del indulto y Capítulo III del procedimiento de solicitud y concesión del indulto.

En el primer capítulo se deja constancia de que cualquier clase de delitos podrán ser indultados (ya sea en todo o en parte de la pena), sin embargo, exceptúa a aquellos casos en los que los procesados no hayan sido condenados todavía por sentencia firme, que no estén a disposición del Tribunal para el cumplimiento de la condena y que sean reincidentes.

En lo que respecta el Capítulo II, queda patente la diferencia entre indulto total (remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado) y parcial (remisión de algunas de las penas impuestas o parte de todas ellas), así como los efectos de esta figura. En esta línea, continua haciendo referencia a las razones de justicia, equidad y utilidad pública necesarias para la concesión del indulto total, introduciendo toda una serie de conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de ser revisados por los tribunales y que, en consecuencia, añaden elementos reglados a lo que a priori se presume discrecional por parte del poder ejecutivo. Además, en caso de carecer de estos requisitos, sólo se podrá conceder un indulto parcial, y con preferencia se aplicará la conmutación o sustitución de la pena impuesta por otra menos grave, siempre que existan méritos suficientes, que lo apoye el tribunal sentenciador y que el penado esté conforme. Y el indulto no podrá causar perjuicios a terceras personas y deberá ser escuchada la parte ofendida, se podrán imponer condiciones a la concesión y esta será de carácter irrevocable.

El procedimiento para solicitar el indulto es posible iniciarlo en virtud de dos fórmulas: a) mediante solicitud por parte del penado, sus familiares o cualquier otra persona, tribunal sentenciador, Tribunal Supremo o Ministerio Fiscal y b) mediante Tramitación directa del expediente por parte del Gobierno. De este modo, un amplio número de sujetos pueden formular la solicitud, la cual podrá ir dirigida al tribunal sentenciador, al Jefe del establecimiento penitenciario o al Gobernador de la

provincia en cuestión, los cuales la remitirán al Ministerio de Justicia. Una vez esta llegue a manos del Ministerio de Justicia, la remitirá al tribunal sentenciador para la elaboración de un informe (sobre aquellas incoherencias en la individualización de la pena o circunstancias personales y procesales del sujeto). Asimismo, también remitirá dicha solicitud al Jefe del establecimiento penitenciario y al Consejo de Estado para la elaboración de otro informe sobre justicia, equidad o conveniencia de la concesión del indulto en el caso concreto. Una vez el Ministerio de Justicia reciba estos informes preceptivos decidirá sobre la concesión del indulto.

Llegados a este punto, es necesario tener presente que, si bien la Ley 18/1870 no deja constancia del carácter vinculante de estos informes, reiteradas sentencias del Tribunal Supremo a las que se ha hecho anteriormente referencia, manifiestan la necesidad de argumentar cuestiones sobre justicia, equidad y utilidad pública, las cuales difícilmente podrán quedar acreditadas sin un informe positivo por parte del tribunal sentenciador y el Consejo de Estado.

Finalmente, y en cuanto a la justificación doctrinal del indulto, se ha cuestionado la legitimidad y necesidad de una figura cuyo origen se encontraba en la soberanía del Rey, y que después de la democratización de las instituciones se ha mantenido en el Estado social y democrático de derecho del siglo XXI, basándose en la condonación de una pena impuesta por aquellos a los que corresponde de forma exclusiva juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: los jueces.

En este sentido, se ha apuntado a un sistema judicial rígido, con problemas en la individualización de la pena, así como a la sujeción de los poderes al principio de proporcionalidad en el ejercicio del *"ius puniendi"*. Entonces, de toda esta relación, se ha llegado a la conclusión de que, ante la sumisión del Estado al principio de proporcionalidad y el surgimiento de incoherencias en la individualización de las penas, la doctrina señala una figura como necesaria para solucionar y calibrar estas situaciones: el indulto.

Sin embargo, más adelante se estudiará si esta figura es realmente la más idónea para solucionar las deficiencias en materia de proporcionalidad que presenta un sistema penal rígido como es el español.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL PERDÓN JUDICIAL

1. Noción del perdón judicial

1.1. Concepto de perdón judicial

GONZÁLEZ MENGADO define el perdón judicial como “una facultad que tienen los jueces, para que en virtud de circunstancias excepcionales y una vez comprobada la culpabilidad del reo, puedan remitir en absoluto la pena fijada al delito por la ley⁸¹”.

Por lo tanto, consiste en una facultad de jueces y tribunales, en virtud de la cual pueden, en el momento de individualización de la pena y por circunstancias especialísimas, prescindir de la pena que correspondería al reo declarado culpable.

En este sentido lo entiende la legislación alemana y así consta en el *artículo § 46a* del Código Penal Alemán⁸², el cual habilita a los jueces para prescindir de la pena, siempre que el autor haya reparado el daño y cuando no haya incurrido en una pena grave como privación de libertad de hasta un año o multa de hasta 360 importes diarios, siempre que el autor haya reparado el daño.

1.2. El perdón judicial y el instituto de la clemencia

Como bien se ha dejado patente en el *Capítulo Primero: El Indulto*, el instituto de la clemencia hace de nexo entre las figuras de la amnistía, el indulto particular y el indulto general, las cuales corresponden al poder político, habilitándolo para extinguir o atenuar los delitos y las penas.

Partiendo de esta base, es necesario señalar que el perdón judicial constituye una figura absolutamente autónoma, separada del instituto de la clemencia, en base a los siguientes motivos:

⁸¹ José Luis GONZÁLEZ MANGADO, *El perdón judicial*.

⁸² «Si el autor: (...) 2. en el caso en que la reparación del daño haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante, indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el § 49 inciso primero o, puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios» Artículo § 46a del Código Penal Alemán. Recuperado 13 abril 2017, http://portal.setec.gob.mx/docs/cp_alemania.pdf

- a) En primer lugar, el instituto de la clemencia engloba toda una serie de figuras que corresponden al poder político, mientras que el perdón judicial alude a una facultad atribuida a jueces y magistrados.
- b) Si bien es cierto que el indulto es definido como un “acto de condonación o remisión de toda o parte de la pena que un delincuente mereciese por su delito⁸³”, su aplicación presupone la ejecución de una sentencia, mientras que, en el perdón judicial no ha lugar la ejecución, por cuanto este queda patente en la sentencia.
- c) En cuanto a la amnistía, al margen de que la aplicación de esta figura también deba ser ejercida por el poder político y que presuponga la ejecución de una sentencia judicial, su diferencia fundamental con el perdón judicial estriba en el hecho de que la amnistía se caracteriza por una “exclusión de la pena con efectos retroactivos⁸⁴”; esto es, el sujeto deja de ser culpable de un delito por el que ha sido condenado en virtud de sentencia judicial. En cambio, el perdón judicial, para su aplicación, requiere del reconocimiento de la culpabilidad del reo (como en el indulto), pero en base a circunstancias especialísimas, se opta por la no aplicación de la pena.

Al tenor del razonamiento expuesto y visto que el perdón judicial difiere notablemente de todas las figuras que conforman el Instituto de la Clemencia, es preciso proceder al análisis jurídico-filosófico de la figura objeto de este capítulo.

⁸³ Rosario GARCÍA MAHAMUT, *El indulto, Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid, 2004 p.27.

⁸⁴ «[...] es posible mantener, en la actualidad, que no constituye el ejercicio de la prerrogativa de gracia que deriva del poder del gobierno, sino de una forma de legislación penal que se caracteriza por excluir la pena con efectos retroactivos para determinados hechos punibles.», Carlos PÉREZ DEL VALLE; *Amnistía, Constitución y Justicia Material*; p.194;

2. Presupuestos doctrinales para el perdón judicial

El perdón judicial es una figura que presupone y requiere para su implementación una concepción de justicia que quizá hoy se halla algo olvidada. Entendemos que esta facultad del juez de llegar incluso a eximir de la pena, dadas determinadas circunstancias del caso concreto, es expresiva de la concepción clásica de la justicia según equidad. Podríamos llegar a decir que esta figura jurídica encuentra sus presupuestos doctrinales en la concepción clásica de justicia. De ahí que sea necesario tomar consciencia de qué es desde esta perspectiva la justicia, lo cual va a ser explicado a través de uno de sus máximos exponentes doctrinales, ARISTÓTELES.

2.1. La justicia en Aristóteles

ARISTÓTELES, en el Libro V de su obra *Ética a Nicómaco*, define la Justicia como la virtud perfecta puesto que "(...) en la justicia se dan, juntas, todas las virtudes. Es la virtud más perfecta porque es la práctica de la virtud perfecta y es perfecta porque el que la posee puede usar la virtud para con otro, y no sólo en sí mismo⁸⁵".

La justicia general, Justicia o *Dikaiosyne*, es entendida, por tanto, como la virtud perfecta porque engloba la prudencia, la fortaleza, la templanza y la justicia particular. Desde esta perspectiva, ARISTÓTELES presentó la justicia como virtud general siguiendo el magisterio de su maestro y la tradición filosófica en torno al concepto de justicia existente hasta el momento. Ahora bien, este autor no se limitó a conceptualizar la justicia desde esta perspectiva esencialmente moral, puesto que su aportación se halla sobre todo en proponer y desarrollar una visión de la justicia en sentido específico o particular.

Así, de entre las variables que engloba el concepto de *Dikaiosyne*, la más interesante a efectos de este trabajo resulta la justicia particular, consistente en aquella parte de la justicia general que tiene por objeto lo debido —expresado en su obra como *to dikaion*—, es decir, lo que es justo respecto de otra persona. Como decíamos, la filosofía de ARISTÓTELES se desarrolla en este sentido y ello queda patente en todo el libro V de su *Ética a Nicómaco*.

⁸⁵ *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo I, ARISTÓTELES.

El aspecto principal, pues, que define la justicia en sentido particular es su objeto, siendo este expresado como “lo debido” hacia otra persona, puesto que es relativo a otro y se refiere a la noción de lo igual respecto de otro sujeto. Por lo tanto, en la medida en que la justicia es una virtud que nos ordena respecto de otro, está presente una dimensión de alteridad, y de ahí resulta que el objeto de esa virtud no sea una mera disposición interior, sino que es la noción de *to dikaion*, que en la obra aristotélica alude fundamentalmente a los bienes o cosas exteriores en cuanto que debidos a otro.

Podría decirse que la noción de lo justo particular —*to dikaion*— de ARISTÓTELES es equivalente a la concepción que tenían los romanos del *ius*, que se expresa también como objeto de la *iustitia*, por ejemplo, en la concepción de ULPIANO: *iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho).

Esta justicia particular aristotélica, a su vez, está formada por dos sub-modalidades, consistentes en a) justicia distributiva y b) justicia conmutativa⁸⁶. Partiendo de esta diferenciación, la justicia distributiva hace referencia a la justicia que preside las relaciones entre la comunidad y sus miembros por razón de la distribución de aquello que es común y susceptible de ser distribuido y, por su parte, la justicia conmutativa, alude a la justicia que preside las relaciones entre particulares por razón de la conmutación sus bienes.

A. Lo justo en la polis

Habiendo esclarecido cuál es el objeto de la justicia —lo justo— ARISTÓTELES, en el *Libro V de la Ética a Nicómaco* reflexiona sobre qué es lo justo en la polis, es decir, qué debe ser entendido como justo para que se de la justicia política.

Al respecto, argumenta que “la justicia política se divide en natural y legal: natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de que lo parezca o no y legal la de aquello que en principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo, por ejemplo, que el rescate cueste una mina (...) y las disposiciones de la índole de los decretos⁸⁷”.

⁸⁶ *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo II, ARISTÓTELES.

⁸⁷ *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo VII, ARISTÓTELES.

De ello se desprende que el derecho político —lo justo en la polis— está formado por el derecho natural y el derecho legal, entendidos como: a) derecho natural: el que tiene en todas partes la misma fuerza, con independencia de que lo parezca o no; b) derecho legal: el que hace referencia a lo justo positivo, a aquello que tiene fundamento en un acuerdo de voluntades.

Llegados a este punto, es necesario subrayar que, a mi juicio, ARISTÓTELES da por hecho que el derecho político no puede estar basado única y exclusivamente en el derecho legal, sino que el derecho natural debe ser una realidad integrante de ese derecho político, unido y vinculado a él.

A este punto se refiere ARISTÓTELES, cuando afirma que “algunos creen que toda la justicia política es de esta clase, porque lo que es por naturaleza es inmutable y tiene en todas partes la misma fuerza, lo mismo que el fuego quema tanto aquí como en Persia, y constatan que la justicia varía- Esto no es cierto, pero lo es en un sentido; mejor dicho, para los dioses no lo es probablemente de ninguna manera; para nosotros, hay una justicia natural y otra no natural. Pero es claro cuál de entre las cosas que pueden ser de otra manera es natural y cuál no es natural sino legal o convencional, aunque ambas sean igualmente mutables⁸⁸”.

Por lo tanto, en la medida en que lo justo en la polis es dinámico, no puede quedar reducido a aquello meramente legal, sino que debe remitirse a lo natural que, del mismo modo, también es contingente y se determina atendiendo a los casos concretos, sin perjuicio de la presencia de ciertos principios de carácter más o menos estático.

De todo lo expuesto, se deduce que el derecho legal coexiste e interactúa con el derecho natural y que ambos derechos son de naturaleza mutable, dinámica y bajo ningún concepto estática. Sin duda, esto está muy alejado de la concepción de derecho quizá predominante en el presente, pues hoy en día se obvia el derecho natural, y el derecho legal, por su parte, sólo es concebido como mutable o dinámico en lo que se refiere al cambio de la normativa positiva. Pro contra, se oliva o rechaza el carácter cambiante de la justicia, en cuanto que exige siempre la adecuación al caso concreto, y lo justo se percibe como meramente estático en la medida en que sólo se funda en lo legalmente estatuido.

⁸⁸ *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo VII, ARISTÓTELES.

ARISTÓTELES, como se ha venido haciendo referencia, concibe el derecho —*to dikaion*— como mutable, dinámico, cambiante, pues debe atender a las circunstancias específicas de los casos concretos. De hecho, en su filosofía de la justicia prevalece la noción y el recurso a aquella justicia que viene exigida por las circunstancias del caso concreto, que ARISTÓTELES denomina *Epikeia*.

B. Justicia y equidad

La equidad para ARISTÓTELES debe tener un papel fundamental en el ejercicio de la judicatura, y esta debe ser entendida como una virtud complementaria de la justicia, nunca contradictoria.

Hay que decir que la concepción de la Justicia/Equidad en Aristóteles presupone una determinada concepción de las leyes e incluso de la misma metodología legislativa. Para el Estagirita las leyes son criterios o parámetros más o menos universales que sirven para discernir lo justo y lo injusto en las relaciones. De ahí que sean dos las leyes que conviven en la Polis, la ley positiva –particular- y la ley natural –común: “lo justo y lo injusto han quedado ya definidos en relación con dos clases de leyes y, de dos modos, en relación con aquellos a quienes atañe. Pues bien: llamo ley de una parte, a la que es particular y, de otra, a la que es común. <Ley> particular es la que ha sido definida por cada pueblo en relación consigo mismo, y ésta es unas veces no escrita y otras veces escrita. Común, en cambio, es la <ley> conforme a la naturaleza”⁸⁹.

En esta visión de las cosas, la ley positiva no puede prescindir de la ley natural, pero la ley natural requiere de la concreción de la ley positiva. Hasta tal punto esto es así, que ARISTÓTELES llegará a sostener la conveniencia de que todo esté regulado por la ley particular. Ahora bien, ello no implica que en esa labor del legislador pueda abarcarlo todo, y menos de un modo definitivo: “como en las demás artes, también en la normativa política es imposible escribirlo todo exactamente, ya que es forzoso que lo escrito sea general, y en la práctica son casos particulares”⁹⁰.

En este sentido, ARISTÓTELES entiende que esa labor legislativa tiene ciertos límites, puesto que las normas son promulgadas teniendo en cuenta casos universales y no pueden abarcar todas las particularidades concretas; “toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de

⁸⁹ *Rétorica*, lib. I, ARISTÓTELES.

⁹⁰ *Política*, Lib. IV, ARISTÓTELES.

un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, por más que no es posible hacerlo correctamente, la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer la posibilidad de un error. Y no por ello es menos correcta, porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa (del hecho concreto), pues tal es la índole de las cosas prácticas”⁹¹.

De ahí que ARISTÓTELES postule que el legislador debe dejar en manos de los jueces la concreción —conforme a equidad— de las leyes positivas: “La ley al educar a propósito a los magistrados, les encarga juzgar y administrar las demás cosas con el criterio más justo. Y además, les permite rectificarla en lo que, por experiencia, les parezca que es mejor que lo establecido (...) hay magistraturas, como la del juez, que deciden soberanamente sobre algunos asuntos en los que la ley es incapaz de precisar, puesto que en los que es capaz, nadie duda que la ley mande y decida lo mejor. Pero puesto que unas cosas pueden ser abarcadas por la ley y otras no lo pueden ser (...)”⁹².

Por todo ello, ARISTÓTELES señala que la equidad debe tener un papel fundamental en la labor de los jueces en aras a la consecución de la efectiva justicia particular, puesto que “cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”⁹³.

Siguiendo esta línea, el jurista y filósofo Tomás de Casares expone respecto de la equidad que es “la última puerta de acceso a la plenitud de la justicia es una virtud referente a la justicia legal que establece el sentido propio e la sujeción a la ley y que, al mismo tiempo que libera de ese conformarse con cumplir la ley literalmente, sujeta al orden natural en el cual reside la razón de la ley. Es la equidad. La equidad nos desentiende, en una cierta medida, de la ley para ponernos en un orden de sujeción mucho más estricto que el que establece el hombre mediante las legislaciones positivas; pues el verdadero orden no es la sujeción material a la ley

⁹¹ *Ética a Nicómaco*, Libro V, ARISTÓTELES.

⁹² *Política*, Lib. III, ARISTÓTELES.

⁹³ *Ética a Nicómaco*, Libro V, ARISTÓTELES.

positiva, sino sujeción espiritual a la razón por la cual la ley tiene autoridad para mandar⁹⁴.

En el mismo sentido lo entiende CASTÁN TOBEÑAS, el cual define la equidad como “criterio de justicia, individualizado y adecuado a las particularidades de cada caso concreto, pero adaptado también a los ideales jurídicos de una sociedad y, sobre todo, a los principios supremos del derecho”. De algún modo ARISTÓTELES se refiere a la equidad como aquella virtud que debería caracterizar al jurista y, eminentemente, al juez. Porque el virtuoso según equidad es “aquel que elige y practica estas cosas justas, y aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder, aunque tiene la ley de su lado. Tal es el hombre equitativo, y este modo de ser (hábito) es la equidad, que es una clase de justicia, y no un modo de ser (hábito) diferente”.

Ciertamente, la equidad consiste en una virtud que permite corregir la aplicación material de la ley, puesto que la misma, si es interpretada atendiendo a las exigencias específicas del caso concreto, es interpretada conforme a equidad. Sin embargo, esta corrección en ningún caso puede ser arbitraria, sino que debe realizarse conforme a un razonamiento jurídico basado en el bien común, las circunstancias particulares del caso concreto, los ideales jurídicos de la sociedad y los principios supremos del derecho.

Creo que se puede defender que el perdón judicial se encuentra en el terreno de lo justo equitativo, puesto que ello es entendido por ARISTÓTELES como “una cierta corrección de lo justo legal” porque “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”⁹⁵.

⁹⁴ *La justicia y el derecho* (1945), Tomás de Casares, págs 52-53.

⁹⁵ *Ética a Nicómaco*, Libro V, ARISTÓTELES.

2.2. Justicia, equidad y perdón judicial

Como ya ha sido expuesto, el Perdón Judicial es concebido como una facultad del juez o magistrado en virtud de la cual, atendiendo a las circunstancias especialísimas y concretas del caso, pueden remitir en absoluto la pena que correspondería al reo declarado culpable.

A mi juicio, esta facultad es la mayor expresión de todo lo que representa la filosofía aristotélica y tiene una base profundamente romana. En primer lugar, porque implica la recuperación, en esencia, del concepto aristotélico y romano de justicia particular, *Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.

Por otro lado, insistimos en que el perdón judicial faculta al juez, en base a las circunstancias concretas del caso, para hacer omisión —siempre de forma motivada— de la ley positiva y cumplir su función: hacer justicia en el caso concreto. Siguiendo el razonamiento de ARISTÓTELES, “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. Por eso lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto”⁹⁶. Sin duda alguna, y aunque ARISTÓTELES no haga referencia explícita a ello, esta es una concepción de la justicia en la que tienen cabida un instituto jurídico como el perdón judicial.

Por otro lado, la asunción de este instituto jurídico y la concepción de la equidad que presupone, también implicaría un reconocimiento -en aras a la recuperación- del derecho natural, pues tal facultad implicaría de forma tácita la asunción de que no todo lo jurídico se reduce a lo legal y, en consecuencia, que existe una justicia natural mutable que podría llegar a exigir facultades como el perdón para hacer verdadera justicia material y no meramente formal.

Aquí es donde entra en juego la equidad, puesto que la habilitación de jueces y tribunales para la aplicación de la figura a la que se viene haciendo referencia, supondría su legitimación para la corrección de la aplicación material de la ley, permitiendo una correcta y coherente adecuación a las particularidades del caso concreto.

⁹⁶ *Ética a Nicómaco*, Libro V, ARISTÓTELES.

2.3. Argumentos en contra del perdón judicial

A. Libertad condicional

Podría calificarse el perdón judicial de innecesario, puesto que ya existe la libertad condicional. Este razonamiento estaría fundado en que, teniendo al alcance una medida como es la libertad condicional, en caso de tener que atender a las circunstancias concretas del caso, o que fuere notorio que un sujeto no precisare de cumplimiento de condena, bastaría con la fijación de esta medida, la cual puede llevar aparejada los trabajos en beneficio de la comunidad, por ejemplo.

Sin embargo, son dos figuras radicalmente distintas, tanto a nivel cualitativo como teleológico.

Esto es visible en el hecho de que la libertad condicional es un mecanismo pensado para favorecer la reinserción progresiva del penado, y basta con analizar el artículo 90 CP para darse cuenta de ello, pues exige como requisitos para su concesión los siguientes tres: a) que el penado se encuentre clasificado en tercer grado, b) que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta y c) que haya observado buena conducta.

Por lo tanto, queda constancia de que, para poder acceder a libertad condicional, se requiere de un cumplimiento mínimo de la pena impuesta, lo cual difiere absolutamente del perdón judicial, en virtud del cual no hay requisito alguno de cumplimiento previo de pena, porque se entiende que, por causas concretas, específicas y beneficiosas para el reo, este no debe cumplir condena.

B. Suspensión de la ejecución

El artículo 80 CP permite a los jueces y tribunales dejar en suspenso la ejecución de una pena privativa de libertad, siempre que se den una serie de requisitos: a) que el condenado haya delinquido por primera vez; b) que la pena o la suma de las penas impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa; c) que se haya satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado; d) que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Es cierto que la suspensión y el perdón judicial a priori pueden parecer figuras similares, puesto que persiguen que el reo culpable no cumpla con una pena privativa de libertad, al tenor de circunstancias tasadas, especiales y porque no hay riesgo de comisión de futuros delitos. Sin embargo, son figuras sustancialmente distintas.

Con la suspensión, lo que está manifestando el juez es que el sujeto es culpable, pero por circunstancias tasadas opta por la no ejecución de la pena, estableciendo un plazo de suspensión de dos a cinco años, pasado el cual empezará a computar la cancelación de antecedentes penales.

Por su parte, con el perdón judicial, lo que está manifestando el juez es que, si bien es cierto que el sujeto es culpable, por circunstancias especialísimas, se opta por la remisión absoluta o parcial de la pena fijada por ley, lo cual no equivale a una suspensión de la ejecución, puesto que no hay ejecución que suspender.

En otras palabras, con el perdón judicial queda remitida de forma absoluta la pena, mientras que con la suspensión sólo queda remitida la ejecución penitenciaria de la condena a prisión.

Otra diferencia entre ambas figuras estriba en que la suspensión está pensada para delitos leves, mientras que el perdón judicial puede tener lugar para infracciones más graves, pero siempre sobre sujetos que no son delincuentes de pequeña peligrosidad ni de grande, sino que su peligrosidad es simplemente nula, es decir, sujetos honrados que a merced de circunstancias especialísimas cometieron delitos, y para quienes la condena sería completamente inútil puesto que no tienen de qué corregirse.

C. Potestad jurisdiccional

Otro argumento utilizado por autores como CONTI consiste en que el perdón pertenece al campo moral, o la prerrogativa de gracia soberana. En este sentido, al juez le corresponde aplicar la ley, no negarla y aplicarla sin exagerar la moralidad ni el rigor.

Esto no es del todo cierto. El artículo 117.4 CE deja constancia de que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (...)”.

La Constitución Española con juzgar, efectivamente, se refiere a una aplicación sustantiva de las leyes respecto de un caso concreto. En este sentido, el juez debe aplicar o no la ley, lo cual supone negarla en función del caso.

En el caso del perdón judicial, tenemos un sujeto que ha transgredido la ley, pues es culpable, sin embargo y por circunstancias especialísimas, se estima que no debe cumplir condena. A mi juicio esto no supone una negación arbitraria a aplicar la ley —como sustenta CONTI—, sino todo lo contrario, resulta una interpretación de la ley, en base a una figura institucionalizada como es el perdón judicial, que permite hacer justicia material conforme a la equidad del caso concreto.

En este sentido, el tratar de hacer justicia en el caso concreto no puede ser considerado como una cuestión al margen de la potestad jurisdiccional. Además, parece contradictorio que posteriormente se utilice este razonamiento para justificar el derecho de gracia en beneficio del poder ejecutivo, puesto que si la consecución de la justicia conforme a equidad no corresponde a los jueces y magistrados, todavía menos puede corresponder a un poder distinto respecto del judicial, que dista del conocimiento del derecho, así como de las circunstancias concretas del caso en el que repercute el perdón.

2.4. Fundamentos del perdón judicial

GONZÁLEZ MANGADO⁹⁷ postula tres fundamentos del perdón, consistentes en a) Fundamento pietista, moral y ético, b) Fundamento Técnico y c) Fundamento práctico.

El planteamiento de este autor sobre los fundamentos del perdón es cuanto menos interesante, sin embargo es apreciable una carencia en cuanto a su desarrollo, la cual debe ser suplida y es lo que se va a tratar de hacer en este apartado.

El autor reseñado expone que el perdón busca, además de la defensa social, la tutela del individuo, concluyendo que el perdón es la institución que más se basa en la piedad, introduciendo así el primer fundamento pietista, moral y ético.

Es indiscutible que uno de los fundamentos del perdón es la piedad, del mismo modo que sucede en el indulto o en la amnistía. Ahora bien, es necesario dejar claro que no se trata de una piedad absolutamente arbitraria, sino discrecional, puesto

⁹⁷ José Luis GONZÁLEZ MANGADO, *El perdón judicial*.

que el juez no tiene capacidad para aplicar el perdón judicial sobre cualquier supuesto, sino que este supuesto debe cumplir con una serie de requisitos tasados y ello debe ser motivado debidamente en sentencia.

Llegados a este punto, es pertinente volver ahora a sacar a colación la tesis de CONTI —anteriormente rebatida—, en virtud de la cual el autor sustenta que el ejercicio de la piedad debe ser ejercida por el poder ejecutivo, puesto que el judicial no tiene capacidad para no aplicar la ley.

Con esto, lo que afirma es que la piedad debe ser ejercida única y exclusivamente por el ejecutivo en virtud de indulto o amnistía, sin embargo, como ya se ha expuesto, no hay nadie más cualificado que jueces y magistrados para la aplicación de estas figuras, puesto que son juristas, con un conocimiento profundo del derecho y conocen las circunstancias concretas del caso objeto de perdón.

Por otra parte, si juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde a jueces y tribunales, partiendo de un esquema de separación de poderes —legislativo, ejecutivo y judicial—, parece incoherente justificar que un poder eminentemente político, con carencia de independencia entre sus integrantes y que es absolutamente dependiente de la opinión pública, esté más capacitado para ejercer este derecho que funcionarios expertos en la materia, que conocen el caso concreto, que son imparciales y que están únicamente sometidos al imperio de la ley.

En cuanto al fundamento técnico, GONZÁLEZ MANGADO argumenta que consiste en la individualización, puesto que, “existen delincuentes sin delito para los cuales necesitamos medidas aseguradoras y delitos sin delincuente para los que necesitamos el perdón⁹⁸”.

Por lo tanto, este fundamento se refiere a la aplicación del perdón como figura que es la máxima expresión de flexibilidad y discrecionalidad judicial, por cuanto los jueces pueden, en el momento de individualizar la pena y al margen del marco penal predeterminado por la ley, optar por la remisión de la pena.

Finalmente, el fundamento práctico se concreta en la necesidad que tienen los jueces y tribunales de perdonar. Es decir, la necesidad interior de hacer justicia material para el caso concreto, en virtud de remisión de la pena porque, si bien es cierto que el sujeto es culpable, el mismo no debe cumplir condena.

⁹⁸ José Luis GONZÁLEZ MANGADO, *El perdón judicial*.

3. Antecedentes históricos

3.1. Antecedentes remotos

El perdón, en tanto que figura habilitadora para la remisión de la pena, ya era apreciable en algunos pueblos como los egipcios, los hebreos o los persas. Sin embargo, su carácter era mucho más religioso que judicial.

Además, el derecho de perdón se encontraba concentrado en una única figura política y religiosa, como por ejemplo, el faraón en el caso de los egipcios.

3.2. Derecho canónico y laico

A. Derecho canónico

Habiendo dejado constancia de los antecedentes remotos, es necesario tener presente que el concepto de perdón, tal y como lo conocemos hoy en día, no se empezó a gestar hasta la regulación de ciertas figuras propias del derecho canónico, tales como la indulgencia y la “*monitio canónica*”.

En el derecho canónico, es posible encontrar el perdón llamado indulgencia, el cual consta regulado en los cánones 992 a 997 del Código Canónico.

El canon 992 del Código Canónico concibe la indulgencia como la “remisión ante Dios de la pena temporal por los pecados, ya perdonados en cuanto a la culpa, que un fiel dispuesto y cumpliendo determinadas condiciones, consigue por mediación de la Iglesia, la cual, como administradora de la redención, distribuye y aplica con autoridad el tesoro de las satisfacciones de Cristo y de los Santos”.

Por su parte, el canon 995.2 indica que “ninguna autoridad inferior al Romano Pontífice puede otorgar a otros la potestad de conceder indulgencias, a no ser que se lo haya otorgado expresamente la Sede Apostólica”.

Por lo tanto, es apreciable la existencia de una figura, otorgada por la máxima autoridad religiosa, en virtud de la cual se remite una pena por los pecados, siempre que se hayan cumplido con una serie de condiciones.

La “*monitio canónica*” o *admonición* refleja de un modo evidente el subjetivismo de la pena que caracteriza el derecho penal canónico.

MERLIN dice que la “*monitio canónica*” debe ser definida como “una clase de castigo que se pronuncia en una materia de delito, y que consiste en una reprimenda que el juez hace al acusado, advirtiéndole sea más circunspecto en el provenir y que no vuelva a recaer en la misma falta por la que ha sido amonestado, bajo pena de ser castigado más severamente⁹⁹”.

Por lo tanto, la admonición no es más que una reprimenda o amonestación que el juez hace al acusado, en virtud de la cual le advierte de que no vuelva a caer otra vez en el mismo delito o falta por la que ha sido reprendido, puesto que, si así fuere, sería penado más severamente.

B. Derecho laico

El derecho laico recibe una influencia clara de la admonición canónica, puesto que, como hace constar GONZALEZ MANGADO, el Rey y alguno de sus vasallos más principales tenían el derecho de dispensa, consistente en poder evitar que el culpable cumpliera o ejecutase su pena o de comparecer ante el tribunal.

3.3. Derecho francés histórico

A. Antes de la Revolución Francesa

MUGART DE VONGLAUS expone que, durante el antiguo régimen, se entiende bajo el nombre de “*reprimonde*” la admonición aplicada por el juez, consistente en una mera advertencia, la cual estaba reservada para ciertos tipos de delitos, siempre cometidos de forma imprudente.

Este autor añade que la admonición siempre iba acompañada de una limosna destinada a los pobres del hospital o para el pan de los presos.

La admonición tenía un componente formal, puesto que para su aplicación se requería de la comparecencia del acusado ante la “*Chambre du Conseil*” y entonces, el magistrado que presidía pronunciaba las palabras “*La Cour Vous Admoneste et*

⁹⁹ MERLIN, *Repertoire de jurisprudence*.

vous fait grâce. Soyez plus circonspect en l'avenir et retirez-vous pour entendre le reste de votre arrêt".

Es decir, el tribunal manifestaba una reprimenda y le otorgaba la gracia, advirtiéndole de que sea más cauto o circunspecto en el futuro.

B. Después de la Revolución Francesa

Después de la Revolución Francesa, desaparece la figura de la admonición y de la dispensa, lo cual es apreciable a la luz del Código Penal de 1791, influenciado por Beccaría.

Este Código, extremadamente rígido y sin flexibilidad, sólo hacía referencia a penas puramente objetivas y fijas, relatando toda una serie de infracciones con las correspondientes sanciones, sin dar lugar a un marco penal.

Un claro ejemplo es el artículo 7 de la Sección V de este Código, referente a los crímenes de los funcionarios públicos en el ejercicio de los poderes que les son confiados. Este artículo manifestaba que "todo miembro del cuerpo legislativo que resultare convicto de haber traficado con su dictamen mediante dinero, presentes o promesas, será penado con la muerte¹⁰⁰".

En este sentido, los jueces operaban como meros aplicadores de la ley sustantiva, sin margen para la individualización de las penas.

No fue hasta 1832 que se empezaron a introducir circunstancias atenuantes en beneficio del reo, lo cual permitía a los jueces rebajar la pena según el grado de peligrosidad.

Siguiendo la misma inercia y por influencia de BÉRENGER, la Ley de 26 de marzo de 1891 supuso un gran progreso por el desarrollo que presentaba en lo relativo a la individualización de las penas, puesto que habilitaba a jueces y magistrados para tener en cuenta la intencionalidad del reo, sus antecedentes o su arrepentimiento.

¹⁰⁰ «*Tout membre de la législature qui sera convaincu d'avoir, moyennant argent, présent ou promesse trafiqué de son opinion, sera puni de mort*» Article 7, Section V Crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés, Titre I Crimes et attentats contre la chose publique.

3.4. Derecho español histórico

En el derecho español histórico, el perdón judicial se encuentra fundamentalmente regulado en las Partidas, por lo que es necesario proceder a su análisis.

Las Partidas de Alfonso X El Sabio regulaban la figura del perdón judicial, otorgando una amplia discrecionalidad a los jueces y tribunales.

La Ley VIII¹⁰¹, del Título XXXI, de la Partida VII, regula “qué cosas deben catar los jueces ante que manden dar las penas, et por qué razones las pueden crescer, ó menguar ó toller”. En este apartado es posible apreciar toda una serie de circunstancias que deben apreciar los jueces para individualizar la pena, tales como el nivel adquisitivo, la edad, si se trataba de siervos, la gravedad de los hechos, si estos fueron cometidos de día o de noche, etc.

Entonces, al finalizar, la propia Ley VIII indica que *“et pues que los judgadores hobieren catado muy acuciosamente todas estas cosas sobredichas, pueden crecer, ó toller, ó menguar la pena segunt entendieren que es guisado de lo facer”*.

¹⁰¹ «Catar deben los judgadores quando quieren dar juicio de escarmiento contra alguno, qué persona es aquel contra quien lo dan, si es siervo ó libre, ó fidalgo, ó home de villa ó de aldea, ó si es mozo, ó mancebo ó viejo; ca mas cruamente deben escarmantar al siervo que al libre, et al home vil que al fidalgo, et al mancebo que al mozo et al viejo que al mancebo. Porque maguer el fidalgo ó otro home que fuese honrado por su esciencia ó por bondad que hobiese en él, ficiese cosa por que debiese morir, non lo deben matar tan aviltadamente como á los otros, asi como arratrándolo, ó enforcándolo, ó quemándolo, ó echándolo á bestias bravas; mas débenlo mandar matar en otra manera, faciéndolo sangrar, ó ahogar, ó echándolo de tierra sil quisiesen perdonar la vida. Et si por aventura el que hobiese asi errado fuese menor de diez años et medio, non le deben dar pena ninguna: et si fuere mayor desta edad et menor de diez et siene años, débenle menguar la pena que darien á los otros mayores por tal yerro. Otrosi deben catar los judgadores las personas de aquellos contra quien fuere fecho el yerro; ca mayor pena merece aquel que erró contra su señor, ó contra su padre, ó contra su mayoral ó contra su amigo, que si lo ficiese contra otro o con quien non hobiese ninguno destos debdos. Et aun deben catar el tiempo et lugar en que fueron fechos los yerros; ca si el yerro han de escarmantar, es mucho usado á facer en la tierra á aquella sazón, deben estonce facer mas cruo escarmiento, porque los homes se refrenen de lo facer. Et aun decimos que deben catar el tiempo en otra manera; ca mayor pena debe haber aquel que face el yerro de noche que non el que lo face de día, porque de noche pueden nacer muchos peligros et muchos males. Otrosi deben catar el lugar en que facen el yerro; ca mayor pena mersece aquel que yerra en la iglesia, ó en casa del rey; ó en lugar do judgan los alcalles, ó en casa de algunt su amigo que se fia en él, que si lo hiciese en otro lugar. Et aun debe seer catada la manera en que feue fecho el yerro; ca mayor pena mersece aquel que mata á otri á aleve ó á traycion, que si lo matase en pelea ó de otra manera: et mas cruamente deben seer escarmantados los robadores que los que furtan acondidamente. Otrosi deben catar cuál es el yerro, si es grande ó pequeño; ca mayorpena deben dar por el grande que por el pequeño. Et aun deben catar quando dan pena a pecho si aquél á quien la dan ó la mandan pechar, es pobre ó rico; ca menor pena deben dar al pobre que al rico: et esto es porque manden cosa que pueda seer complida. Et pues que los judgadores hobieren catado muy acuciosamente todas estas cosas sobredichas, pueden crecer, ó toller, ó menguar la pena segunt entendieren que es guisado de lo facer» Ley VIII, Título XXXI, Séptima Partida. Recuperado 13 abril 2017, des de <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/>

Por lo tanto, este artículo permite al juez, una vez tenidas en cuenta todas las circunstancias de la Ley, aumentar (crecer), disminuir (menguar) o quitar/eliminar (toller) —y por lo tanto remitir— la pena que corresponda.

La Ley IX¹⁰² del Título XXXI, Partida VII, indica que “(...) *ca mas santa cosa es et mas derecho quitar al home la pena que mereciese por el yerro que hobiere fecho, que darla al que la non merecese nin fizo por qué*”.

Este apartado, después de sentar el principio de “*in dubio pro reo*”, lo que dice es que es más justo y conforme a derecho remitir una pena que correspondiere por derecho, que condenar a quién no la mereciese y sobre el cual hubieren dudas.

El Título XXXII de la séptima partida tiene por título “De los perdones” y habla de la misericordia, la merced, la gracia y el perdón conforme a la justicia, facultades que corresponden a los emperadores, reyes y otros grandes señores que han de juzgar y mantener las tierras¹⁰³.

Este apartado lo que hace es regular el instituto de la clemencia y, en conjunto, es posible afirmar que en las Partidas había una regulación tanto del instituto de la clemencia como del perdón judicial.

¹⁰² «Por el yerro que el padre ficiere non deben recibir pena nin escarmiento los hijos, nin los otros parientes, nin la muger dél; ca non es guisado que por el mar que un home face que den escarmiento á otro, porque la pena debe costriñir et apremiar á los malfechores tan solamente, fueras ende si el yerro fuese de traycion; ca entonce los hijos serien desheredados et agraviados en algunas cosas por la traycion que su padre ficiese, segunt diximoe n el título de las trayciones. Otrosi decimos que los judgadores, desque houbieren dado juicio acabado que contenga pena sobre los yerros ó maleficios que los homes ficieren, que dalli adelante non pueden crecer nin menguar la pena que les mandaren dar; ca si entendieren que han meester de crecerla ó de menguarla, débenlo catar ante que la den, ca despues non es en su alvedrio. Et aun decimos que los judgadores todavia deben estar mas aparejados á quitar los homes de pena que á condepnarlos, en los pleytos que claramente non pudieren se probados ó que fueren dubtosos; ca mas santa cosa es et mas derecha quitar al home de la pena que mereciese por yerro que hobiere fecho, que darla al que la non meresce nin fizo por qué» Ley IX, Título XXXI, Séptima Partida. Recuperado 13 abril 2017, des de [http:// www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/)

¹⁰³ «Misericordia, et merced, et gracia, et perdon et justicia, son bondades que señaladamente deben haber en sí los emperadores, et los reyes et los otros grandes señores que han de judgar et de mantener las tierras. Onde pues que en los títulos ante fablamos de la justicia que deben facer contra los que caen en los yerros, queremos aqui decir de los perdones, et de las mercedes, et de la misericordia que deben haber algunas vegadas contra los que yerran, perdonándoles la pena que merecen sufrir segunt sus fechos: et mostremos qué queire decir perdon: et cuántas maneras son él: et quién lo puede facer: et á quién: et sobre quáles razones: et en qué tiempo: et qué pro viene dél. Et otrosi diremos qué cosa es misericordia, et merced et gracia: et qué departamento ha entrellos. » Ley IX, Título XXXI, Séptima Partida. Recuperado 13 abril 2017, des de [http:// www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/)

Después de las Partidas, no hay constancia de regulación alguna sobre el perdón judicial, más allá de la otorgada por la Constitución Republicana de 1931 en su artículo 102¹⁰⁴, en virtud del cual es posible apreciar un desplazamiento en la titularidad para la concesión del indulto particular, pues deja de pertenecer al monarca y pasa a ser una potestad propia del Tribunal Supremo.

4. Derecho comparado

El perdón judicial es una figura regulada en distintos países, de entre los cuales es necesario destacar Alemania, Francia, Portugal y Suecia, respecto de los cuales se va a proceder al análisis de la regulación que ofrecen a esta institución.

4.1. Alemania

En Alemania, la figura del perdón judicial aparece regulada en el Código Penal, concretamente en el § 46a, el cual está encuadrado en el Título II (de la fijación de la pena), del Capítulo tercero (de las consecuencias jurídicas).

Este artículo hace referencia al *arreglo entre autor y víctima o a la reparación del daño* y postula que “en el caso en que la reparación del daño haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante, indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el artículo 49 inciso primero o, puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de la libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios¹⁰⁵”.

¹⁰⁴ «Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los 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», Constitución de 1931, Título VII Justicia, artículo 102. Recuperado 13 abril 2017, http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf

¹⁰⁵ «Si el autor: 1. En su empeño para lograr un acuerdo con el lesionado (arreglo autor-víctima) haya reparado su hecho enteramente o en su mayor parte o esté aspirando seriamente a su reparación; o, 2. en el caso en que la reparación del daño haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante, indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el § 49 inciso primero o, puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios» Artículo § 46a, Arreglo entre autor y víctima, reparación del daño, Código Penal Alemán. Recuperado 13 abril 2017, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf

Por lo tanto, si el reo ha reparado a la víctima y la pena privativa de libertad que debe cumplir es inferior a un año o la multa es de menos de 360 importes diarios, entonces el juez puede optar por la no imposición de la pena.

4.2. Francia

El artículo 132-59¹⁰⁶ del Código Penal francés trata sobre la dispensa de la pena y establece toda una serie de requisitos para poder aplicar el perdón judicial: a) que se haya conseguido la reinserción del culpable; y b) que el daño causado se haya reparado y haya cesado la perturbación resultante de la infracción. Cuando se cumplan estos dos requisitos, el tribunal podrá acordar la dispensa (perdón judicial).

Este precepto además incluye que la dispensa no se extiende al pago de las costas, y que el órgano jurisdiccional otorgante de la dispensa podrá decidir que su resolución no se inscriba en el registro fiscal de penados.

Por su parte, el artículo 133-7 del mismo Código ofrece una concreción sobre el indulto, que permite diferenciarlo perfectamente respecto de la dispensa o perdón judicial, puesto que expone que “El indulto implicará solamente la dispensa de ejecutar la pena”.

Por lo tanto, aquí es visible la diferencia a la que se venía haciendo referencia en el primer apartado de este capítulo, consistente en el hecho de que el indulto es una remisión de la ejecución de la pena y el perdón judicial, del mismo modo que la amnistía, consiste en la remisión de la pena en sí.

4.3. Portugal

La regulación del Código Penal portugués es particularmente interesante, puesto que regula dos figuras, la dispensa de la pena y la amonestación, las cuales han de ser analizadas por separado.

¹⁰⁶ «La dispensa de la pena podrá acordarse cuando se haya conseguido la reinserción del culpable, el daño causado se haya reparado y haya cesado la perturbación resultante de la infracción. EL órgano jurisdiccional que otorgue la dispensa de la pena podrá decidir que su resolución no se inscriba en el registro de penados. La dispensa de la pena no se extenderá al pago de las costas procesales.» Artículo 132-59, Código Penal Francés. Recuperado 13 abril 2017, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30410/PDF>

El artículo 74 del Código Penal portugués¹⁰⁷ indica que el órgano jurisdiccional queda habilitado para acordar la dispensa de la pena siempre que se den los siguientes requisitos: a) que el delito se castigue con una pena inferior a 6 meses de prisión o 120 días de multa; b) que el delito sea de menor entidad; c) que el daño haya sido reparado; d) que no haya razones de prevención. En estos casos, el tribunal podrá declarar culpable al reo, pero decidir no aplicar la pena.

Por su parte, el artículo 60¹⁰⁸ del mismo Código regula la figura de la amonestación, concebida como una advertencia oral, la cual podrá ser aplicada siempre: a) que se trate de una multa no superior a 120 días; b) que el daño haya sido reparado; c) que el tribunal estime que este es el medio adecuado y necesario; d) que el sujeto no tenga antecedentes penales.

La amonestación y la dispensa judicial son ciertamente figuras muy parecidas y por ello es necesario concretar sus diferencias. En el caso de la amonestación, esta sólo puede ser acordada sobre penas de multa inferiores a 120 días, siempre que se den los requisitos reseñados en el apartado anterior. Entonces, el tribunal, al apreciar la concurrencia de requisitos, puede limitarse a una mera amonestación, consistente en una advertencia de carácter oral, sin entrar en la culpabilidad.

En cambio, en el caso de la dispensa judicial, el órgano jurisdiccional sí que entra a valorar la culpabilidad, y es por ello que engloba delitos más graves, como penas privativas de libertad inferiores a seis meses o multa de 120 días.

Es cierto que, en cuanto a las multas inferiores a 120 días, el juez se encuentra en la disyuntiva de decidir si aplicar la amonestación o la dispensa judicial, pero ello no es

¹⁰⁷ « 1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se: a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) O dano tiver sido reparado; e c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção. 2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo marcará. 3 - Quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do nº 1.» Artículo 74 del Código Penal Portugués. Recuperado 13 abril 2017, <https://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>

¹⁰⁸ « 1 - Se ao agente dever ser aplicada pena de multa em medida não superior a 120 dias, pode o tribunal limitar-se a proferir uma admoestação. 2 - A admoestação só tem lugar se o dano tiver sido reparado e o tribunal concluir que, por aquele meio, se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. 3 - Em regra, a admoestação não é aplicada se o agente, nos 3 anos anteriores ao facto, tiver sido condenado em qualquer pena, incluída a de admoestação. 4 - A admoestação consiste numa solene censura oral feita ao agente, em audiência, pelo tribunal.» Artículo 74 del Código Penal Portugués. Recuperado 13 abril 2017, <https://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>

más que la expresión de la discrecionalidad judicial, dos herramientas puestas a disposición de la judicatura y que debe aplicar en función del caso concreto.

4.4. Suecia

El Código Penal sueco regula el perdón judicial en su Capítulo 29, de la Determinación de la Pena y la exención de sanciones (*“on the determination of punishment and exception from sanction”*), concretamente en sus secciones 5ª y 6ª.

La sección 5ª¹⁰⁹ del capítulo reseñado expone que, para la determinación apropiada de la pena, el tribunal debe tener en cuenta toda una serie de criterios, que son los siguientes:

- a) Si el acusado ha sufrido daños físicos graves a consecuencia del delito.
- b) Si el acusado ha intentado prevenir, remediar o limitar las consecuencias del delito.
- c) Si el acusado se entregó.
- d) Si el acusado ha sufrido o ha tenido motivos fundados, para suponer que sufrirá un despido o se encontrará con otro obstáculo o dificultad especial en la búsqueda de su ocupación o negocio.
- e) Si el acusado, debido a su edad avanzada o mala salud, sufriría una penalización excesiva de aplicársele la pena.
- f) Si, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, ha transcurrido un tiempo inusualmente largo desde su comisión.

¹⁰⁹ « In determining the appropriate punishment, the court shall, besides the penal value of the crime, give reasonable consideration to: 1. whether the accused has suffered severe bodily harm as a result of the crime, 2. whether the accused to the best of his ability has attempted to prevent, remedy or limit the harmful consequences of the crime, 3. whether the accused gave himself up, 4. whether the accused would suffer harm through expulsion by reason of the crime from the Realm, 5. whether the accused, as a result of the crime, has suffered, or there is good reason to suppose that he will suffer, dismissal from, or termination of, employment, or will encounter any other obstacle or special difficulty in the pursuit of his occupation or business, 6. whether the accused, in consequence of advanced age or ill health, would suffer unreasonable hardship by a punishment imposed in accordance with the penal value of the crime, 7. whether, having regard to the nature of the crime, an unusually long time has elapsed since its commission or 8. whether there exists any other circumstance that calls for a lesser punishment than that warranted by the penal value of the crime. If any circumstance covered by the first paragraph exists, the court may, if there are special grounds for so doing, impose a less severe punishment than that prescribed for the crime.» Sección 5ª, del Capítulo 29, del Código Penal Sueco. <http://www.government.se/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf>

- g) Si existe alguna otra circunstancia que requiera de un castigo menor que el que corresponda por el delito.

Entonces, en caso de concurrir alguna de estas circunstancias, el tribunal podrá, si hay motivos especiales para hacerlo, imponer un castigo menos severo que el que corresponda al delito.

La Sección 6^a¹¹⁰ indica que, si al tenor de las circunstancias previamente expuestas en la Sección 5^a el tribunal estima que no es razonable imponer una sanción, podrá conceder el perdón judicial.

5. Circunstancias especialísimas

Al inicio de este capítulo, se definía el perdón judicial como una facultad de los órganos jurisdiccionales, para que en virtud de circunstancias especialísimas y una vez comprobada la culpabilidad del reo, puedan remitir en absoluto la pena fijada al delito por la ley.

Pues bien, llegado este punto, se hace necesario concretar las circunstancias especialísimas a las que viene haciéndose referencia, y para ello es necesario hacerse eco de los distintos ordenamientos jurídicos analizados en el apartado de *Derecho Comparado* y de figuras actualmente vigentes en nuestro propio ordenamiento, como la suspensión de la ejecución.

Con esta pretensión, es preciso dividir las en dos tipos, haciendo referencia a las *circunstancias especialísimas relativas al hecho delictivo* y las *circunstancias especialísimas relativas al propio sujeto*.

5.1. Circunstancias especialísimas relativas al hecho delictivo

En cuanto a las circunstancias especialísimas relativas al hecho delictivo, es necesario desglosarlas en los siguientes apartados: a) gravedad del hecho, b) concurrencia de atenuantes y c) imprudencia y dolo.

¹¹⁰ «If, in view of a circumstance described in Section 5 it is manifestly unreasonable to impose a sanction, the court shall grant exemption from sanction.» Sección 6^a, del Capítulo 29, del *Código Penal Sueco*. <http://www.government.se/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf>

A. Gravedad del delito

La gravedad del delito es una variable tenida en cuenta por todos los ordenamientos jurídicos que aplican el perdón judicial, manifestada en conceptos como la duración de la pena o la concurrencia de circunstancias agravantes.

En cuanto a la duración de la pena, el ordenamiento jurídico alemán exige, para la aplicación del perdón, que la pena privativa de libertad sea inferior a un año (o la pena de multa de 360 importes diarios), mientras que el ordenamiento jurídico portugués es más restrictivo, pues exige una pena privativa de libertad inferior a seis meses o 120 días de multa. Por su parte, los ordenamientos jurídicos francés y sueco no hacen referencia alguna a la duración de la pena.

En España, ya se ha empleado la duración de la pena para determinar la gravedad del delito; así pues, la suspensión de la ejecución ordinaria requiere de una pena no superior a dos años de prisión.

La concurrencia de agravantes por motivo del propio hecho delictivo es un requisito que también queda patente, puesto que, aunque no consta de forma expresa, se entiende que el perdón no podrá ser otorgado a aquellos que hayan cometido un tipo penal agravado.

En el caso de España, este no podría ser otorgado en supuestos como los del 139 CP (asesinato) o 149 CP (lesiones con circunstancias agravantes).

Finalmente, otro factor que puede contribuir a decantarse por la aplicación del perdón judicial es la apreciación por parte del juez de imprudencia o dolo.

B. Concurrencia de atenuantes por razón del hecho delictivo

En la concurrencia de atenuantes por razón de la comisión del propio hecho delictivo entraría el desistimiento voluntario de la tentativa (artículo 16 CP¹¹¹) o la liberación por parte del secuestrador de la víctima durante los tres primeros días (artículo 163 CP¹¹²).

C. Si ha transcurrido un tiempo inusualmente largo desde su comisión

Esta variable aparece contemplada en el Código Penal sueco y parece muy interesante que el juez pueda apreciar el transcurso del tiempo a efectos de conceder el perdón judicial, más allá de la prescripción correspondiente por el delito (artículo 131 CP).

5.2. Circunstancias especialísimas relativas al propio sujeto

Las circunstancias especialísimas relativas al propio sujeto hacen referencia a la concurrencia de atenuantes, circunstancias personales del propio acusado, reparación del daño, prevención de la situación y efectiva mediación entre víctima y autor.

A. Concurrencia de atenuantes

Este apartado se refiere a la concurrencia de las circunstancias atenuantes del artículo 21 CP, tales como actuar a causa de una grave adicción a sustancias, obrar

¹¹¹ «1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. 3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.» Artículo 16 del Código Penal.

¹¹² « 1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. 4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.» Artículo 163 del Código Penal.

por arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, confesar su infracción a las autoridades, etc.

B. Reparación del daño

La reparación del daño parece ser el punto común entre los distintos ordenamientos jurídicos analizados, pues todos coinciden en que la efectiva reparación del daño por parte del autor debe darse para la concesión del perdón judicial.

Otro tema de discusión será si esta reparación debe ser absoluta —como exigen el Código Penal francés y portugués— o basta con que se indemnice a la víctima “en su mayor parte” —como permite el Código Penal alemán—.

C. Prevención de la situación

Una variable a tener en cuenta, y que sustenta el Código Penal sueco consiste en “si el acusado ha intentado prevenir, remediar o limitar las consecuencias del delito”, lo cual puede resultar relevante a la hora de decantarse por la concesión del perdón judicial.

D. Mediación entre la víctima y el autor

El Código Penal alemán argumenta en su § 46a que “si el autor, en su empeño para lograr un acuerdo con el lesionado ha reparado su hecho enteramente o en su mayor parte o esté aspirando seriamente a su reparación (...)”.

Por lo tanto, lo que hace es introducir la figura de la mediación penal, en virtud de la cual el autor se declara culpable y trata de mediar con la víctima y de resarcirla por los daños causados.

En caso de aplicar el perdón judicial en España, la valoración de la mediación entre la víctima y el autor sería un elemento esencial a tener en cuenta.

Además, también permitiría impulsar la utilización de la justicia restaurativa, así como una regulación de la mediación penal, necesaria pero inexistente actualmente, más allá de su escasa mención en el artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

E. Necesidad de reinserción y razones de prevención

Otros requisitos previstos en el Código Penal francés y portugués para la concesión del perdón judicial consisten en la necesidad de motivar que el reo no requiere de reinserción, puesto que la misma ya ha sido conseguida, y que no haya razones de prevención, lo cual va ligado directamente con la peligrosidad del reo.

F. Antecedentes penales

La peligrosidad del reo, a efectos de discernir sobre si hay necesidad de prevención, es deducible en virtud de los hechos cometidos y los antecedentes penales. Esto implica que ordenamiento jurídicos como el portugués impongan como *conditio sine qua non* para la concesión del perdón judicial la inexistencia de antecedentes penales.

G. Otras circunstancias personales

Otras circunstancias personales que pueden ser tenidas en cuenta y que quedan patentes en los distintos ordenamientos jurídicos son, por ejemplo, la edad avanzada del autor, su mala salud, o si su familia se encuentra en una situación de dependencia respecto de él.

6. Conclusión

En el presente capítulo, se ha introducido el concepto de perdón judicial, entendido como facultad que tienen los jueces, para que en virtud de circunstancias excepcionales y una vez comprobada la culpabilidad del reo, puedan remitir en absoluto la pena fijada al delito por la ley y, habiendo partido de esta base conceptual, se han evidenciado las diferencias que presenta esta institución respecto del indulto y la amnistía.

La conceptualización de la justicia particular y de la equidad han permitido razonar jurídicamente la idoneidad de la aplicación del perdón judicial. La justicia particular, entendida a través de ARISTÓTELES y ULPIANO, ha sido concebida como "*constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" y, por su parte, la equidad, ha sido interpretada a la luz de Tomás DE CASARES y CASTÁN TOBEÑAS, los cuales señalan que este concepto es un criterio de justicia que permite corregir la aplicación material de la ley.

En este sentido, se ha argumentado que la aplicación del perdón judicial supondría este “dar a cada uno su derecho” y, al mismo tiempo, corregir la ley conforme a equidad, teniendo como máxima la justicia material y no la mera justicia formal, puesto que siempre hay supuestos que, por sus circunstancias especialísimas, requieren de una no aplicación de la pena fijada por ley.

También se han rebatido los argumentos postulados en contra del perdón judicial, consistentes en calificar esta figura de innecesaria en virtud de la presencia de otras ya existentes, como la libertad condicional y la suspensión de la ejecución. Por otro lado, otro argumento contrario se basaba en la exclusión del perdón respecto de la potestad jurisdiccional, pero el mismo argumento caía en contradicción, puesto que se utilizaba para justificar que correspondía al ejecutivo, poder que, en comparación con el judicial, dista del conocimiento profundo del derecho y sobretodo de las circunstancias particulares y concretas del caso objeto de perdón. Además, en refuerzo de este último argumento, basta con ver el ejercicio que se ha hecho del derecho de gracia en la última década.

En cuanto a los fundamentos del perdón judicial, se ha hecho referencia a los expuestos por GONZÁLEZ MANGADO, consistentes en a) fundamento pietista, b) fundamento técnico y c) fundamento práctico; los cuales se han modificado y complementado.

Los antecedentes históricos del perdón judicial han señalado que el punto de partida del perdón judicial se remonta al Derecho canónico, con figuras como la *Indulgencia* y la *admonición*, que posteriormente fueron desacralizadas y empleadas por los reyes y nobles bajo el nombre de *dispensa*, lo cual permite entender por qué países como Portugal o Francia emplean este concepto, en vez de referirse a perdón, renuncia o abstención de la pena.

En el caso de España, si bien esta figura había sido regulada mediante las Partidas de Alfonso X, su presencia desapareció con la derogación de las mismas y no ha sido posible encontrar regulación alguna de esta institución de forma posterior.

A nivel de Derecho comparado, se ha procedido al análisis de la regulación que ofrecen distintos ordenamientos jurídicos respecto del perdón judicial, de entre los cuales se ha destacado la regulación alemana, francesa, portuguesa y sueca. Este análisis ha permitido concretar las circunstancias especialísimas a las que se venía

haciendo referencia, y cuya concurrencia es “*conditio sine qua non*” para la aplicación del perdón judicial.

Finalmente, para cerrar la conclusión y a modo de mostrar la viabilidad de la figura del perdón, resulta preciso exponer, de forma breve, el siguiente caso real en el que sería de aplicación: Una joven madre de Requena (Valencia), en paro y sin recursos económicos, utilizó una tarjeta de crédito que encontró en la calle para comprar alimentos y pañales para sus hijas. El resultado por esta conducta fue una sentencia condenatoria de un año y nueve meses de pena privativa de libertad por un delito de falsedad en documento mercantil, y otros seis meses de prisión por estafa. Además, puntualizar que, en el momento en el que se dictó sentencia, habían pasado ya cinco años¹¹³.

Este caso llama la atención porque es el prototipo perfecto para el perdón judicial, puesto que cumple con los siguientes requisitos:

- a) No es un delito grave.
- b) Ha transcurrido un tiempo inusualmente largo desde su comisión.
- c) No hay necesidad de reinserción ni razones de prevención; es una madre soltera que impulsada por sus necesidades económicas cometió un hecho delictivo y que, una vez solucionado el problema económico, desaparece el riesgo.
- d) No tiene antecedentes penales.
- e) Concurren otras circunstancias personales, como que es madre soltera y tiene dos hijas que dependen de ella.

Más allá de estos datos, en vez de habersele impuesto una pena privativa de libertad, el caso se debería haber llevado por la vía de la mediación penal, en virtud de la cual la autora y la víctima deberían haber llegado a un acuerdo sobre el resarcimiento de los daños. Así pues, el caso debería haber desembocado en la materialización del perdón judicial.

¹¹³ Noticia del periódico El País. Recuperado el 2 de mayo de 2017: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/01/30/valencia/1359541581_947640.html

Todo esto queda reforzado en el hecho de que, distintos medios de comunicación califican la sentencia como “técnicamente correcta”, pero injusta. Además, distintos partidos políticos solicitaron el indulto, lo cual no sería necesario de dársele al juez la posibilidad de hacer justicia, conforme a equidad, en el caso concreto.

En términos de AUBRY, lo que debería haber dicho el órgano jurisdiccional es la siguiente: “sí, el acusado es culpable, pero nosotros magistrados encargados de defender a la vez la sociedad y el individuo, estimamos puede personársele sin que resulte ningún peligro para ella”.

CAPÍTULO TERCERO. LA SUSTITUCIÓN DEL INDULTO POR EL PERDÓN JUDICIAL

1. La división de poderes de Montesquieu

1.1. La división de poderes en Grecia y Roma

En Grecia hubo un tipo de monarquía, entre los cinco que distinguió ARISTÓTELES, en el que el pueblo tenía el poder legislativo, y el rey el ejecutivo y el de juzgar¹¹⁴.

A juicio de MONTESQUIEU¹¹⁵, los poderes estaban mal distribuidos, puesto que “el pueblo tenía la legislación y podía, al menor capricho, aniquilar la realeza, como hizo en todas partes, además, el poder de juzgar no podía estar peor situado que en las manos de quien tenía el poder ejecutivo”.

La República romana, en cambio, tenía una buena estructuración de los poderes, puesto que el gobierno era ejercido por el senado, los magistrados o pretores para cuestiones de derecho privado, los cuestores para los crímenes públicos, los ediles con la policía, los tesoreros con la administración y los censores para vigilar las costumbres. Entonces el pueblo tenía el poder legislativo y mediante sus tribunos de la plebe podía impedir los abusos de los patricios.

1.2. Interpretaciones sobre la separación de poderes de Montesquieu

EISENMANN¹¹⁶, en su estudio de MONTESQUIEU, expuso que habían dos principales interpretaciones de la separación de poderes, jurídica y política y, en base a esta distinción, se desarrolla este apartado.

¹¹⁴ ARISTÓTELES, *Política*, VI, 14, 1297, b, in fine, y 1298, a.

¹¹⁵ MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, 1747.

¹¹⁶ EISENMANN, *Le pensée constitutionnelle*, página 33.

A. Interpretación Jurídica

La llamada “interpretación jurídica” destaca por el hecho de que los poderes estatales —legislativo, ejecutivo y judicial— son absolutamente distintos, plenamente independientes y perfectamente aislados, puesto que atiende a los siguientes requisitos:

- a) Existencia de tres órganos.
- b) Estos tres órganos son absolutamente distintos.
- c) Cada uno de estos órganos ejerce su poder en su totalidad.
- d) Son órganos absolutamente independientes.
- e) La función de cada órgano no es revocable por ninguno de los otros.
- f) Ningún órgano puede impedir la actividad del otro.
- g) Los integrantes de estos órganos sólo pueden comunicarse por escrito.

Al respecto, VALLET¹¹⁷ manifiesta que, “quienes han interpretado así a MONTESQUIEU, admiten en general que de hecho este se aparta en numerosos puntos de la lógica del principio; por consideraciones prácticas, produciéndose por ello una relajación”.

B. Interpretación Política

La interpretación política, según EISENMANN, es más compleja que la jurídica, y para su estudio es preciso tener presentes dos principios:

El primer principio consiste en el hecho de que la interpretación política, a diferencia de la jurídica, sólo rechaza la confusión de dos de los tres poderes. Por lo tanto, no impide que un mismo individuo forme parte de dos órganos titulares de poderes diferentes.

¹¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *Montesquieu, Leyes, Gobiernos y Poderes*, Capítulo XI, página 391.

Por su parte, el segundo principio incide en que se produce una exclusión del poder judicial respecto del poder político, el cual corresponde única y exclusivamente al poder legislativo y ejecutivo.

1.3. La separación radical de poderes de Montesquieu

La separación radical de poderes sustentada por la interpretación jurídica resulta una tesis difícil de defender, puesto que, como afirma EISENMANN¹¹⁸ en su interpretación del filósofo francés; “el poder legislativo es confiado no solamente al parlamento, sino conjuntamente al parlamento y al gobierno; el monarca dispone, en efecto, de un veto, un veto absoluto contra los proyectos de ley adoptados por las dos cámaras que no se convertirán en leyes sin su consentimiento”.

Además, añade que “si el poder ejecutivo está asignado por entero sólo al gobierno, este no lo ejerce soberanamente, sino que reconoce al parlamento el derecho de controlar su actividad ejecutiva”.

Por lo tanto, en virtud del razonamiento de este autor, MONTESQUIEU no sostenía una separación radical de poderes, en la medida en la que el poder ejecutivo y legislativo siempre disponen entre ellos de una facultad de intervenir mutuamente; el ejecutivo mediante el veto y el legislativo mediante el control de la actividad ejecutiva.

En cuanto al poder judicial, el mismo autor postula que “la función jurisdiccional, en fin, sin duda será ejercida en principio por los tribunales. Sin embargo, el interés de la justicia exige la admisión de que la puesta en acción y el conocimiento de ciertos procedimientos criminales corresponde a las cámaras del parlamento”.

En conclusión, como a priori se intuía, la separación radical de poderes resulta una tesis que difiere del pensamiento de MONTESQUIEU, puesto que, como dice VLACHOS¹¹⁹, lo que busca realmente es “un equilibrio en la distribución de poderes”.

¹¹⁸ EISENMANN, *L'esperit des lois et la séparation de pouvoirs*.

¹¹⁹ VLACHOS, *La politique de Montesquieu. Notion et méthode*, Paris, 1974, cap IV, pp. 125 y ss.

1.4. Equilibrio en la distribución de poderes

En su interpretación de *El espíritu de las Leyes*, VON HIPPEL hace una comparativa entre la separación de poderes de MONTESQUIEU y la teoría del mecanicismo, diciendo que “el mecanicismo marca también la teoría de la división trimembre del poder, aunque tras ella haya una intuición moral sobre la que descansan su dignidad y su validez internas: la libertad”, puesto que “para salvar la libertad de los ciudadanos sólo hay un medio: la omnipotencia de uno debe ser dividida y repartida en diversos portadores o sujetos y ello no de un modo arbitrario, sino de forma tal que entre los diversos poderes existe una situación de equilibrio capaz de imposibilitar, a cada uno, de que se apodere de todo el poder”.

Para ello debe haber una limitación recíproca entre los distintos poderes, de tal modo que “la balanza debe mantenerse con sus pesos y contrapesos, para lo cual debe existir una situación de compromiso y equilibrio”.

Al margen de compartir o no la comparación de este autor con la tesis mecanicista —en lo cual no se va entrar— sí que es cierto que, del mismo modo que exponía VLACHOS, la división trimembre del poder responde a la búsqueda de un equilibrio en la atribución de poderes, en la que existe una limitación recíproca entre sus modalidades.

Es por ello que con esto se refuerza la teoría de que la intención real de MONTESQUIEU no responde a la defensa de una separación de poderes radical “*stricto sensu*”, sino a la búsqueda de un equilibrio coherente entre los mismos.

1.5. *Los principios generales en la tesis de Montesquieu*

Los principios generales de la tesis de MONTESQUIEU, según EISENMANN¹²⁰, son los siguientes: a) que el ejercicio de los poderes legislativos y ejecutivo no deben estar acumulados en una misma persona u órgano; y b) que la función de juzgar no la deben ejercer quienes tengan el poder legislativo o ejecutivo, e incluso en las monarquías moderadas por poderes intermedios, el rey debe dejarlo a sus súbditos.

Continua argumentado que estos principios van dirigidos a una triple finalidad: a) Impedir el despotismo o la tiranía, b) salvaguardar la libertad política, y c) hacer que impere la Justicia.

Todo esto en orden a evitar la coartación de la libertad, la producción de leyes tiránicas y su posterior ejecución despótica, que alguien tenga fuerza de opresor y que nadie que ejerza poder pueda destruir a los ciudadanos por sus voluntades particulares.

2. La independencia del poder judicial: una reflexión filosófica

2.1. *La potestad de juzgar*

MONTESQUIEU¹²¹, en el *Espíritu de las Leyes*, expone que “no hay tampoco libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese junto a la potestad legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario: pues el juez sería legislador. Si lo estuviera junto a la potestad ejecutiva podría tener la fuerza de un opresor”.

En este fragmento, lo que argumenta MONTESQUIEU es que si el poder judicial no se encuentra separado del legislativo o ejecutivo, tiene lugar la coartación de la libertad.

No obstante, continua diciendo que la potestad de juzgar “es, en cierto modo, nula”.

¹²⁰ EISENMANN, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, pp. 54 y ss.

¹²¹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, 1747, XI, VI, 5.

A mi juicio, aquí MONTESQUIEU cae en una contradicción, puesto que por un lado sustenta que el poder judicial debe estar radicalmente separado del legislativo y del ejecutivo, ya que está en riesgo la consolidación de un poder arbitrario y opresor, y por otro argumenta que la potestad del juzgar es simple y llanamente nula.

2.2. Montesquieu y la filosofía aristotélica

Como ya se ha comentado, MONTESQUIEU afirma que la potestad del juzgar es “en cierto modo, nula” y, en este sentido, indica que los juicios deben ser fijos, exactos, seguros y nunca ser otra cosa que un texto preciso de la ley.

Además, deja patente que sólo admite una atenuación a este principio que se viene comentando: “Podría ocurrir que la ley, que es el mismo tiempo clarividente y ciega, sea en ciertos casos demasiado rigurosa. Pero los jueces de la nación no son, como hemos dicho, sino la boca que pronuncia las palabras de la ley: seres inánimes que no pueden moderar su fuerza ni su rigor¹²²”.

En este supuesto, VALLET expone que remite el cometido de moderar la aplicación de la ley rigurosa a la Cámara de los Lores, y la apreciación de VLACHOS¹²³ al respecto resulta muy interesante, puesto que argumenta que MONTESQUIEU, al reconocer que la ley puede ser demasiado rigurosa, trata un acercamiento a la filosofía aristotélica, pero con la intervención de la Cámara de los Lores se delata como deseoso de quedar lo más cerca posible de las tradiciones británicas.

2.3. La aplicación de leyes injustas

La reflexión de MONTESQUIEU ante el supuesto de leyes rigurosas pone de manifiesto un conflicto de orden filosófico y una contradicción en la tesis de este autor, puesto que, como él mismo afirmaba: “Una cosa no es justa porque sea ley; sino que debe ser ley porque es justa”.

En este sentido se plantea el problema de si deben los jueces ejecutar las leyes de forma literal al texto redactado por el legislador.

¹²² MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, 1747, XI, VI, 49 ap. 1.

¹²³ VLACHOS, *La politique de Montesquieu. Notion et méthode*, Paris, 1974, cap IV, pp. 133 y ss.

MONTESQUIEU, si bien hace referencia al supuesto de leyes penales de carácter riguroso, no hace en ningún momento referencia, como asegura VALLET¹²⁴, de qué sucede en aquellos casos en los que una ley, justa en la mayor parte de los casos, resulte injusta en algún caso particular. Además, el propio autor reconoce en varias ocasiones la posibilidad de promulgación de leyes tiránicas emitidas por poderes corruptos.

Llegados a este punto, es preciso citar a SANTO TOMÁS DE AQUINO¹²⁵, el cual defendía que “nadie es tan sabio que pueda prever todos los casos particulares, por eso nadie puede exponer suficientemente por medio de sus palabras todo aquello que concierne al fin que su intención se propone”.

Por eso, concluyó que “las leyes rectamente establecidas son deficientes en algunos casos”, en los cuales “no debe juzgarse según el tenor literal de la ley, sino recurrirse a la equidad” ya que “quien se atiene a la intención del legislador no interpreta la ley de una manera absoluta; interpreta la ley en un caso en que es manifiesto, por la evidencia del perjuicio, que el legislador intentaba otra cosa”.

3. La sustitución del indulto por el perdón judicial

3.1. División de poderes

En el primer apartado de este capítulo, se ha realizado un análisis de la división de poderes de MONTESQUIEU, de la mano de ilustres autores como VALLET, EISENMANN, ARISTÓTELES y VON HIPPEL.

La conclusión a la que se ha podido llegar consiste en que la separación radical de poderes —legislativo, ejecutivo y judicial— resulta una tesis controvertida y difícil de sustentar al tenor de la interpretación de los autores reseñados, así como los propios escritos de MONTESQUIEU.

En este sentido, se aboga por una división trimembre de los poderes en los que existe una situación de equilibrio, pues ha lugar a una limitación recíproca entre los mismos.

¹²⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Montesquieu, *Leyes, Gobiernos y Poderes*, Capítulo XII, página 428.

¹²⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Ia-IIae, 91 y 96.

Esta facultad que tienen los distintos poderes, de impedirse mutuamente, resulta altamente acreditada y fundada en el supuesto del poder legislativo y ejecutivo. No obstante, la situación cambia cuando hablamos del poder judicial, puesto que la única consideración que hace MONTESQUIEU¹²⁶ al respecto es que “la función jurisdiccional (...) será ejercida (...) por los tribunales. Sin embargo, el interés de la justicia exige la admisión de que la puesta en acción y el conocimiento de ciertos procedimientos criminales corresponde a las cámaras del parlamento”.

Al respecto, ya se ha comentado que, como bien apreciaba VLACHOS¹²⁷, ello respondía más al deseo de contentar y procurar un acercamiento hacia la sociedad británica.

Además, resulta preciso recordar las palabras de MONTESQUIEU concernientes a “no hay tampoco libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese junto a la potestad legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario: pues el juez sería legislador. Si lo estuviera junto a la potestad ejecutiva podría tener la fuerza de un opresor”, o “el poder de juzgar no podía estar peor situado que en las manos de quien tenía el poder ejecutivo”.

Por lo tanto, queda acreditado que, en base al estudio de este autor, debe producirse un tratamiento especial en cuanto a lo que se refiere al poder judicial, pues no cabe intromisión en el mismo o el ejercicio de potestades propias por parte de los demás poderes (legislativo y ejecutivo).

3.2. *El indulto*

En el Capítulo Primero, el indulto se definía como “un acto de condonación o remisión de toda o parte de la pena que un delincuente mereciese por su delito, la cual sólo puede ser otorgada por el Rey, pero con arreglo a las leyes¹²⁸”.

Partiendo de esta definición, resulta evidente señalar que el indulto se trata de una facultad otorgada al poder ejecutivo, en virtud de la cual puede dejar sin efectos una sentencia dictada por el poder judicial.

¹²⁶ MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, 1747.

¹²⁷ VLACHOS, *La politique de Montesquieu. Notion et méthode*, Paris, 1974, cap IV, pp. 133 y ss.

¹²⁸ Rosario GARCÍA MAHAMUT, *El indulto, Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid, 2004, p.27.

Por lo tanto, la pregunta que se deriva resulta la siguiente: ¿es adecuado que el poder ejecutivo pueda impedir o limitar las actuaciones del poder judicial?

La tesis de MONTESQUIEU era clara: “el poder de juzgar no podía estar peor situado que en las manos de quien tenía el poder ejecutivo” y “no hay libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva”.

Resulta indiscutible que la facultad de dejar sin efecto sentencias emitidas por jueces y magistrados resulta una intromisión flagrante en el poder judicial por parte del ejecutivo.

Si bien autores han discutido que esta facultad no es propia del poder judicial, es indudable que el decidir quién no debe cumplir sentencia es competencia judicial, y así lo entienden todos los ordenamientos analizados en el Capítulo Segundo. Además, como ya se exponía en el Capítulo Primero, “la clemencia no puede considerarse como la renuncia de la potestad punitiva, sino todo lo contrario, puesto que consiste precisamente en el ejercicio de esta potestad¹²⁹”.

Otra consideración es que el indulto se siga aplicando hoy en día por razones históricas, pues el derecho de gracia ha estado regulado desde tiempos remotos, y en España se tiene constancia desde el *Liber Iudicorum*. Sin embargo, ello no puede ser un argumento de peso, pues remite a una “*falacia ad antiquitatem*”. En otras palabras, esta facultad no puede ser legítima por el mero hecho de haber permanecido mucho tiempo en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando tiene lugar la división de poderes, se separan legislativo, ejecutivo y judicial. En ese momento el Rey, en ejercicio del poder ejecutivo, se reserva el derecho de gracia, concebido —en ese momento— como una facultad absolutamente arbitraria, en virtud de la cual el monarca podía perdonar las penas impuestas por los jueces.

Es comprensible que en ese momento, reyes y nobles, hiciesen reserva de este derecho de gracia y podía llegar a tener incluso un sentido, puesto que antaño el Rey era la máxima autoridad y podía interpretarse que tenía cierta legitimidad para ejercer este derecho.

¹²⁹ Enrique LINDE PANIAGUA, *Amnistía e Indulto en España*, p. 55.

Sin embargo, como ya se ha expuesto, es preciso que toda la argumentación a favor del indulto no se reduzca a un argumento de carácter histórico.

En este sentido, y desde la perspectiva de la separación de poderes, no hay otro argumento que permita sustentar la presencia de una institución en manos del poder ejecutivo, que habilite para dejar sin efectos las sentencias fundadas y motivadas del poder judicial, más allá de una pretensión de hacer justicia material para aquellos casos concretos en los que la aplicación de la ley pueda resultar injusta o insuficiente, lo cual permite enlazar con el siguiente apartado.

3.3. Sustitución del indulto por el perdón judicial

En el punto anterior, se hacía referencia a toda una serie de tesis que permitían sustentar la idoneidad del ejercicio del indulto por parte del poder ejecutivo, concretadas en las siguientes tres: a) el indulto es un derecho histórico; b) el perdón no es una facultad propia de jueces y tribunales; y c) el indulto es una figura necesaria en aras a la consecución de la justicia material, puesto que, como decía SANTO TOMÁS¹³⁰ “las leyes rectamente establecidas son deficientes en algunos casos”.

Las dos primeras tesis ya han sido adecuadamente rebatidas. Sin embargo, la tercera resulta interesante, puesto que es cierto que las leyes pueden ser deficientes en algunos casos concretos y ello hace necesaria la construcción de figuras que contribuyen a la consecución de la justicia material.

Ahora bien, lo que resulta controvertido a efectos de este trabajo es si constituye el indulto la figura más idónea para esta tarea, puesto que tenemos un sujeto — el poder ejecutivo—, con una herramienta —indulto—, cuyos efectos consisten en dejar sin efectos las sentencias fundadas y motivadas de otros sujetos especialistas en la materia —jueces y magistrados—.

A mi juicio, y después del estudio de MONTESQUIEU a través de los distintos autores que se han ido reseñando, no resulta viable que el poder ejecutivo pueda intervenir o incluso contradecir al poder judicial, cuya tarea rige en la interpretación de las leyes y en la consecución, en último término, de la justicia material.

¹³⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, IIa-IIae.

Es por ello que si las leyes, que han sido rectamente establecidas para supuestos generales en virtud del poder legislativo, resultan insuficientes o injustas en determinados casos particulares en los que concurren causas especialísimas, la competencia para discernir sobre su aplicabilidad debe corresponder, no a un poder que carece de independencia y que está constantemente sometido y es dependiente de la opinión pública, sino a un poder que, por mandato constitucional, es independiente y está únicamente sometido al imperio de la ley.

Además, es necesario tener presente el hecho de que jueces y magistrados son juristas altamente cualificados, competentes y conocen mejor de las circunstancias del caso concreto para discernir sobre si una ley, emitida para un caso general, puede ser, al tenor de las circunstancias particulares y especialísimas, perjudicial para un sujeto concreto y determinado.

Esto lo comparte en cierto sentido el propio preámbulo de la Ley de 18 de junio de 1870, al establecer que “el indulto sólo debe ser concedido en pleno conocimiento de los hechos y todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, la equidad o la conveniencia social”, puesto que “por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos que se le había privado justamente la sentencia”. Además, añade que “es altamente necesario que el indulto (...) no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los tribunales”.

Sin embargo, cae en error al dar por sentado que el poder ejecutivo reúne las cualidades idóneas y suficientes para conocer de forma plena “los hechos y todas sus circunstancias” particulares del caso, así como para aplicar criterios de “justicia, equidad y utilidad pública¹³¹” mejor que los magistrados, y ello lo ratifican las STSS de 27 de abril de 1983, de 29 de noviembre de 1985, de 22 de junio de 1982 y de 15 de octubre de 1985, entre otras.

Por todo lo expuesto, es por lo que resulta pertinente la sustitución del indulto por el perdón judicial, porque, si bien he analizado ambas figuras de forma independiente, opino que, después de haber estudiado la división de poderes, la facultad de decidir quién no debe cumplir sentencia es más propia del poder judicial que del poder ejecutivo.

¹³¹ Ley de 18 de junio de 1870, Artículo 11.

4. Conclusión

Después de haber analizado de forma separada las figuras del Indulto y del perdón judicial, queda patente un hecho: en España únicamente se regula el indulto, y el perdón judicial, si bien es una figura que regulan otros ordenamientos jurídicos, en el nuestro, es inexistente.

Partiendo de esta base, ambas figuras perseguían un mismo objetivo, la consecución de la justicia material, puesto que todas las leyes dictadas de forma correcta pueden resultar inadecuadas en ciertos supuestos concretos. Entonces, la discrepancia estribaba en el hecho de si la apreciación de esta inadecuación, debía ser competencia ejecutiva, judicial o de ambos indistintamente, y con esta pretensión se ha desarrollado el Capítulo Tercero.

En un primer momento, se ha procedido al análisis de la división de poderes postulada por MONTESQUIEU en *El espíritu de las Leyes*. Al respecto, se ha puesto de manifiesto que el autor no pretendía una separación radical de poderes —legislativo, ejecutivo y judicial—, sino más bien buscar un equilibrio coherente y recíproco entre ellos. No obstante, cuando trataba del poder judicial, ponía de manifiesto un principio, consistente en que “la función de juzgar no la deben ejercer quienes tengan el poder legislativo o ejecutivo”.

La independencia del poder judicial también ha sido un punto controvertido, puesto que se ha destacado la contradicción patente en la tesis de MONTESQUIEU respecto a su tratamiento del poder judicial, así como el hecho de que no hacía mención de cuál debía ser el papel de jueces y magistrados en casos de apreciar una ley que, si bien emitida correctamente y pensada para casos generales, podía resultar injusta en un caso particular. Entonces, se ha recurrido a SANTO TOMÁS DE AQUINO, el cual defendía que “las leyes rectamente establecidas son deficientes en algunos casos” y que, en estos casos “no debe juzgarse según el tenor literal de la ley, sino recurrirse a la equidad”.

En el último apartado, una vez analizada la división de poderes y la independencia del poder judicial, se ha razonado por qué el hecho de decidir sobre la inaplicación de una sentencia motivada y fundada no debe corresponder al poder ejecutivo, puesto que, en palabras de MONTESQUIEU “no hay tampoco libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y ejecutiva”. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la competencia en la

decisión sobre la aplicabilidad de una sentencia debe recaer, en todo caso, sobre los órganos jurisdiccionales, no sólo por el hecho de ser independientes, sometidos únicamente al imperio de la ley y estar más cualificados, sino porque de lo contrario, se aprecia una intromisión flagrante, ilegítima e infundada, por parte del poder ejecutivo en las funciones del judicial, lo cual es contrario a mi interpretación de la división de poderes.

Es por todo lo expuesto por lo que se estima oportuna la sustitución del indulto por el perdón judicial, lo cual supondría la creación de una nueva institución en nuestro ordenamiento jurídico —el perdón judicial— y la derogación de una figura que, habiendo cuenta de todo lo expuesto, no ha lugar en los tiempos actuales. Con esta medida, no se vería afectado el único argumento que permitía sustentar la aplicación del indulto, que era hacer justicia material en supuestos concretos y en los que la ley, promulgada para supuestos generales, resultaba insuficiente o injusta.

CONCLUSIONES

Como claramente se ha desprendido de este estudio, actualmente hay una contradicción en nuestro ordenamiento jurídico, pues España, como integrante de la Unión Europea, es uno de los países con menor tasa de criminalidad y uno de los países con más población penitenciaria por cada 100.000 habitantes.

Al inicio de este trabajo se hacía referencia a que el origen de esta contradicción respondía a un ordenamiento jurídico excesiva e innecesariamente punitivo, así como rígido, y una de las formas de paliar este problema era el aumento de la flexibilidad judicial, en virtud de figuras como el perdón judicial, al que se ha ido haciendo referencia durante este estudio.

La figura del perdón judicial, si bien regulada en otros ordenamientos jurídicos, es inexistente en el español, y la figura que más se le asemeja —si bien con diferencias sustanciales— es la del indulto, ejercida, no obstante, por el poder ejecutivo.

Partiendo de esta base, se ha procedido al análisis de ambas figuras por separado —indulto y perdón judicial—, en orden a conocer sus singularidades, para posteriormente realizar un estudio sobre la división de poderes con la pretensión de evidenciar la inidoneidad del ejercicio del derecho de gracia por parte del ejecutivo, y la necesidad de sustitución de la figura actualmente vigente —el indulto— por la del perdón judicial.

En el Capítulo Primero: El Indulto, se partía de la definición del instituto de la clemencia, entendido como “el punto común entre aquellas figuras que permiten al poder político extinguir o atenuar los delitos o las penas”, esto es, el punto común entre la amnistía, el indulto particular y el indulto general. Concretadas las diferencias entre las tres figuras que componen el instituto de la clemencia, el estudio se ha centrado en la única de las tres actualmente regulada en nuestro ordenamiento jurídico, el indulto particular, entendido como “un acto de condonación o remisión de toda o parte de la pena que un delincuente mereciese por su delito, la cual sólo puede ser otorgada por el Rey, pero con arreglo a las leyes”.

La Ley de 18 de junio de 1870, actual reguladora del Indulto, ponía de manifiesto en su Capítulo Primero que cualquier clase de delitos pueden ser indultados (ya sea en todo o en parte de la pena), exceptuando aquellos casos en los que los procesados no hayan sido condenados todavía por sentencia firme, que no estén a disposición del juzgado o tribunal para el cumplimiento o que sean reincidentes. El Capítulo Segundo de la misma ley exponía la diferencia entre indulto total y parcial, así como los efectos que ambos suponen, y continuaba haciendo referencia a una serie de conceptos jurídicos indeterminados que deben ser acreditados para la concesión del indulto, susceptibles de ser revisados por los tribunales, consistentes en razones de justicia, equidad y utilidad pública. El procedimiento para solicitar el indulto quedaba regulado en el Capítulo III, el cual exponía dos fórmulas para iniciarlo: a) mediante solicitud por parte del penado, sus familiares o cualquier otra persona, tribunal sentenciador, Tribunal Supremo o Ministerio Fiscal y b) mediante tramitación directa del expediente por parte del gobierno. Todo esto, permitía argumentar que un amplio número de sujetos podían formular la solicitud, dirigida al Tribunal Sentenciador, al Jefe del establecimiento penitenciario o al Gobernador de la provincia en cuestión, los cuales se verían en la obligación de remitir la solicitud al Ministerio de Justicia, para ser remitido de nuevo al tribunal sentenciador para la elaboración de un informe sobre las incoherencias en la individualización de la pena y las circunstancias responsables y procesales del sujeto. Entonces, una vez recibido el informe del tribunal sentenciador, del Jefe del centro penitenciario y del Consejo de Estado, el Ministerio de Justicia se encuentra habilitado para decidir sobre la concesión del indulto.

El Capítulo Segundo: El perdón judicial de la pena ha consistido en un análisis objetivo sobre la figura del perdón judicial, el cual se definía como “una facultad que tienen los jueces, para que en virtud de circunstancias excepcionales y una vez comprobada la culpabilidad del reo, puedan remitir en absoluto la pena fijada al delito por la ley”. Después de haber distinguido esta figura respecto de las tres integrantes del instituto de la clemencia, se ha procedido a una exposición sobre la justificación doctrinal del perdón judicial, la cual ha conducido a la concreción del término aristotélico de justicia particular, entendido como *“iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”*, pasando por la diferenciación de las tipologías de derecho político que hace el autor reseñado, consistentes en derecho natural y derecho legal, para finalmente desembocar en la apreciación conceptual de equidad, entendida como virtud distinta de la justicia que permite corregir la aplicación material de la ley y de este modo conseguir hacer justicia en el caso particular.

Así pues, llegados a este punto, se exponía que la institucionalización del perdón judicial supondría la máxima expresión de la filosofía aristotélica, puesto que permitiría la recuperación del concepto de justicia particular, visible en el hecho de que el juez podría hacer justicia en el caso concreto, y, por otro lado, también implicaría una recuperación del derecho natural, ya que de forma tácita se asumiría que no todo lo jurídico se reduce a lo legal y en consecuencia hay una justicia natural mutable que exige de facultades como el perdón judicial, que permitan solucionar las particularidades del caso concreto conforme a verdadera justicia y equidad.

Hecha esta reflexión de carácter filosófico, se procedió a la enumeración de todas las tesis contrarias a la institucionalización del perdón judicial, las cuales han sido rebatidas de forma exhaustiva y ello ha permitido postular con autoridad cuáles son los fundamentos del perdón judicial, consistentes en a) fundamento pietista, moral y ético, b) fundamento técnico y c) fundamento práctico. Posteriormente, en el apartado de Derecho comparado, se ha analizado la regulación del perdón judicial ofrecida por países como Alemania, Francia, Portugal y Suecia, lo cual ha permitido —en el apartado siguiente— la concreción de las circunstancias especialísimas que son “*conditio sine qua non*” para la concesión del perdón.

Toda la base conceptual que se ha ido cultivando en los dos primeros capítulos ha sido fundamental para el desarrollo del *Capítulo Tercero: La sustitución del indulto por el perdón judicial*, cuya pretensión ha sido, teniendo como marco la división de poderes de MONTESQUIEU, discernir sobre si es oportuno que el poder ejecutivo tenga a su alcance la facultad de decidir sobre la no aplicación de una pena, o si por el contrario dicha facultad debe corresponder única y exclusivamente al poder judicial, en cuyo caso es necesaria la sustitución de la figura del indulto por la del perdón judicial.

Para esclarecer la disyuntiva indicada, ha sido preciso analizar la división de poderes de MONTESQUIEU en *De l'esprit des lois*, lo cual ha permitido poner de manifiesto que este ilustre autor no pretendía una separación radical de poderes —entre legislativo, ejecutivo y judicial—, sino que más bien buscaba un equilibrio coherente y recíproco entre ellos. No obstante, en cuanto al poder judicial quedaba patente este principio: “la función de juzgar no la deben ejercer quienes tengan el poder legislativo o ejecutivo”.

La independencia judicial también ha sido un punto digno de analizar, puesto que ha permitido reforzar el argumento de que, si bien MONTESQUIEU sostenía un equilibrio de poderes, este estaba sobretodo presente en lo que se refiere a legislativo y ejecutivo, dejando el judicial al margen, puesto que, en palabras de este autor “no hay tampoco libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y ejecutiva”.

También ha salido a colación el supuesto de que la aplicación de una ley, correctamente dictada por el poder legislativo para casos generales, pueda resultar injusta para casos concretos, al tenor de sus circunstancias especiales y concretas. Al respecto, se ha acudido a SANTO TOMÁS, firme defensor de que “las leyes rectamente establecidas son deficientes en algunos casos”, en los cuales “no debe juzgarse según el tenor literal de la ley, sino recurrirse a la equidad”.

Llegados a este punto, queda patente un hecho, y es que las leyes, en determinados supuestos concretos y al tenor de sus circunstancias concretas y particulares, como dice SANTO TOMÁS, pueden resultar insuficientes. Así lo entiende el preámbulo de la Ley de 18 de junio de 1870, reguladora del indulto, poniendo de manifiesto que “el indulto sólo debe ser concedido en pleno conocimiento de los hechos y todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, la equidad o la conveniencia social”, puesto que “por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia”. Por lo tanto, la propia Ley del indulto reconoce que en determinados supuestos es necesario decantarse por la no aplicación de una ley, por razones de justicia, equidad o conveniencia social.

Ahora bien, lo que se ha tratado de explicar en este trabajo es que la facultad para apreciar estas razones a las que se ha hecho referencia, para posteriormente decantarse por la no aplicación de una pena, no es competencia del poder ejecutivo, sino del judicial, y ello ha resultado acreditado a la luz del estudio de la división de poderes, puesto que, como bien decía MONTESQUIEU, “el poder de juzgar no podía estar peor situado que en las manos de quien tenía el poder ejecutivo”.

Las consecuencias de negar la gracia al poder ejecutivo derivan en la pérdida de la oportunidad de hacer justicia material en aquellos casos que, por sus circunstancias particulares, requieren de la no aplicación de la ley. Sin embargo, esta pérdida podría quedar perfectamente suplida con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de una nueva institución: el perdón judicial.

La incorporación de esta figura permitiría aumentar la flexibilidad judicial y disminuir el punitivismo y la rigidez presentes actualmente en nuestro ordenamiento jurídico y, además, desplazaría la facultad de interpretar esas causas de justicia, equidad, conveniencia social y demás circunstancias especialísimas referentes al caso concreto, hacia aquellos profesionales mejor cualificados para esta tarea: jueces y magistrados.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2001). Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia. Madrid: CIVITAS.
- Alfonso X El Sabio (1252 - 1284). El Fuero Real. Recuperado 13 abril 2017, des de <http://fama2.us.es/fde/opusculosLegalesT2.pdf>
- Alfonso X El Sabio (1252 - 1284). Las Partidas. Recuperado 13 abril 2017, des de <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/>
- Arenal, Concepción (1896). El derecho de Gracia ante la Justicia. Obras Completas (p. 63). Madrid.
- Aristóteles. Ética a Nicómaco (Libro V).
- Código Penal Alemán (1988). Recuperado 13 abril 2017, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf Código Penal Español de 1822. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf>
- Código Penal Francés. Recuperado 13 abril 2017, [file:///Users/joanolivaprivat/Downloads/Code_56%20\(1\).pdf](file:///Users/joanolivaprivat/Downloads/Code_56%20(1).pdf)
- Código Procesal Penal Alemán. Recuperado 13 abril 2017, http://portal.setec.gob.mx/docs/cp_alemania.pdf
- Código Penal Francés de 1791. Recuperado 13 abril 2017, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30410/PDF>
- Código Penal Portugués. Recuperado 13 abril 2017, <https://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>
- Código Penal Sueco. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.government.se/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf>
- Constitución de Cádiz (1812). Recuperado 13 abril 2017, des de http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf
- Constitución Española de 1856. Recuperado 13 abril 2017, <http://www.cepc.gob.es/docs/constituciones-espa/1856.pdf?sfvrsn=2>
- Constitución Española de 1869. Recuperado 13 abril 2017, http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf
- Constitución Española de 1876. Recuperado 13 abril 2017, http://www.alcalaarca.com/arca/constituciones/cons_1876.pdf
- Constitución Española de 1931. Recuperado 13 abril 2017, http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf
- Constitución del Estado libre de Baviera (1998). Recuperado 13 abril 2017, https://www.bayern.landtag.de/fileadmin/Internet_Dokumente/Sonstiges_P/BV_Verfassung_Spanisch_formatiert_14-12-16.pdf

Constitución de los Estados Unidos. Recuperado 13 abril 2017, https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf

Constitución Francesa de 1958. Recuperado 13 abril 2017, https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

Dorado Montero, P. (1945). El Derecho Protector de los Criminales (pp. 339 y 340). Madrid.

Estatuto de Bayona (1808). Recuperado 13 abril 2017, des de <http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/c08.pdf>

Esteve Pardo, José (2014). Lecciones de Derecho administrativo (p. 109). Barcelona: Marcial Pons.

García Mahamut, Rosario (2004). El indulto. un análisis jurídico-constitucional (pp. 27, 40, 154, 209). Madrid: Marcial Pons.

García San Martín, Jerónimo (2006). Tesis doctoral sobre El control Jurisdiccional del Indulto Particular (pp. 20, 41). Las Palmas de Gran Canaria.

González Mangado, José Luis (1927). El Perdón Judicial. Madrid: Instituto de Ciencias Jurídicas.

Herrero Bernabé, Irene (2012). Tesis doctoral sobre el derecho de gracia: indultos (pp. 178,). Madrid.

Ley de 26 de junio de 1890. Recuperado 13 abril 2017, <file:///Users/joanolivaprivat/Downloads/Dialnet-EISufragioUniversalEnEspana18901936-1704411.pdf>

Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967. Recuperado 13 abril 2017, <https://www.boe.es/boe/dias/1967/01/11/pdfs/A00466-00477.pdf>

Ley de 18 de Junio de 1870. Recuperado 13 abril 2017, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1870-4759>

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (2010). Recuperado 13 abril 2017, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Linde Paniagua, Enrique (1976). Amnistía e Indulto en España (pp. 13, 55, . Madrid: TUCAR EDICIONES

López Guerra, Luis (2013). Constitución Española de 1978. Madrid: TECNOS.

Merlin (1815). Repertoire de Jurisprudence. Recuperado 13 abril 2017, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55104389>

Montesquieu (1906). El espíritu de las leyes. Recuperado 13 abril 2017, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>

Novísima Recopilación (1805). Recuperado 13 abril 2017, des de <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/novísimaRecopilacionT1.pdf>

Ortega Carrillo de Albornoz, Antonio (1989). Derecho Privado Romano. Granada: EDITORIAL TAT.

P. Avril y J.Ciquel (1994). Lexique de Droit Constitutionnel. París.

Pérez del Valle, Carlos (2001). Amnistía, Constitución y Justicia Material (pp. 194, 188, 189). Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional.

Pessina, E. Elementos del Derecho Penal. Madrid.

Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio. Exposición de Motivos. Recuperado 13 abril 2017, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdl10-1976.html

Real Decreto-Ley 388/1977. Recuperado 13 abril 2017, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-7066

Recesvinto. Liber Iudicorum.

Rousseau, Jean-Jacques (2007). El Contrato Social. Madrid: Austral.

Santo Tomás de Aquino. Suma Teológica. Recuperado 13 abril 2017, <https://www.dominicos.org/media/uploads/recursos/libros/suma/1.pdf>

Sobremonte Martínez, Jose Enrique (1980). Indultos y Amnistía (p. 4). Valencia.

Valle Muñiz, José Manuel (2015). Código Penal y Leyes Especiales. Madrid: ARANZADI.

Vallet de Goytisolo, Juan (1986). Montesquieu. Leyes, Gobiernos y Poderes. Madrid: CIVITAS.

Vlachos, La politique de Montesquieu. Notion et méthode, Paris, 1974, cap IV, pp. 125 y ss.

