

Aguado Renedo, César:
Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia
Civitas, Fundación «Agrupación Independiente
del Senado 1977», Madrid, 2001, 265 pp.

I

Si bien es cierto que las bibliotecas jurídicas están llegando a un punto de saturación irremediable por la proliferación creciente de estudios sobre las más diversas y, a veces, hasta peregrinas cuestiones, también lo es que pocos temas constitucionales han sido tan olvidados por los juristas como el ejercicio de la potestad de gracia. Este hecho, empero, contrasta abiertamente con el continuo uso que de la institución se hace en nuestro ordenamiento. Cualquier lector habitual del *Boletín Oficial del Estado* está familiarizado, al menos en lo que a las referencias que en el índice se hacen, con los Reales Decretos de indulto que con frecuencia se insertan en el diario oficial y a los que pocos —con la obvia salvedad de los beneficiarios y sus allegados— prestan atención y muchos menos los que reflexionan sobre su significado. No obstante, algunos casos conocidos relativamente recientes han trasladado al debate social, político y periodístico ciertos problemas que la gracia, especialmente el indulto, plantea en nuestro ordenamiento jurídico, revestidos, eso sí, de tintes políticos que han impedido apreciar con toda claridad y pureza expositiva las dificultades estrictamente jurídicas que aquélla puede presentar.

A esta ardua empresa consistente en desenmascarar de condicionantes sociales y políticos, para ceñirse a los aspectos estrictamente jurídicos y, dentro de ellos, a los constitucionales dedica el profesor AGUADO RENEDO esta monografía que constituye uno de los estudios más rigurosos, atrevidos y serios que se han realizado sobre la materia. Ahora bien, como el propio autor trata de precisar en la Nota Previa, no se trata de una obra irreflexiva y apresurada surgida a raíz de los conocidos sucesos antes referidos, sino gestada tiempo atrás y fruto de la investigación del autor, a quien el devenir

* Letrada de la Asamblea de Madrid y Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

de los citados acontecimientos no le ha hecho cambiar sus tesis, sino introducir unas breves consideraciones y notas a pie de página que enriquecen y actualizan más, si cabe, su obra.

II

El lector que afronte la lectura de esta monografía encontrará en ella varias notas que dignifican la obra y la elevan a la categoría de excelente, a saber:

- En primer lugar, una buena estructuración del tema tratado, lo que no es más que manifestación de la claridad mental del autor. Sin perjuicio de la referencia que posteriormente haremos a esta estructura, queremos resaltar aquí que el esquema de la obra invita a su ávida lectura, toda vez que el autor ha sabido provocar un interés *in crescendo* del lector por el tema. Lejos de abigarrados planteamientos estructurales y de saltos de una cuestión a otra, se sigue un esquema sencillo, podría decirse que cuasi lógico; sencillez, que no simplicidad, que no sólo no desmerece su calidad, sino que la incrementa.
- En segundo lugar, la lectura de esta obra revela sin ambages que es el resultado de una investigación seria y rigurosa. A diferencia de lo que no suele ser infrecuente en los últimos tiempos, se combinan con sutil maestría el análisis de la teoría, el régimen jurídico y los casos concretos surgidos de la práctica diaria (de los que el autor no parece haber pasado por alto ninguno, como se colige de las notas a pie de página en las que se insertan múltiples referencias que atestiguan el exhaustivo y minucioso estudio de los Reales Decretos de indulto concedidos en nuestro sistema), estableciéndose un equilibrio armónico entre el examen teórico y el de la práctica y proporcionando una extraordinaria riqueza al estudio. Pero la investigación no se ciñe exclusivamente al ámbito español, sino que amplía sus horizontes más allá de nuestras fronteras, con constantes referencias al Derecho comparado, especialmente al italiano, del que es buen conocedor el autor.
- Por último, el profesor AGUADO RENEDO afronta con gran valentía el tema estudiado. No se limita a un análisis del régimen jurídico de la gracia, sino que trasciende de ese análisis, que lo aborda con profundidad y maestría, para exponer con toda su crudeza los problemas que subyacen del mismo, algunos de los cuales afectan a los pilares básicos del régimen constitucional. Pero los problemas planteados no se plasman como preguntas sin respuesta, como es bastante frecuente en la literatura jurídica de los últimos tiempos. Si, como afirma con todo acierto el profesor ARAGÓN REYES en el Prólogo de esta obra: «Sólo las obras valiosas, precisamente porque no rehúyen los problemas, son capaces de incitar a la discusión», ésta puede calificarse sin ningún reparo como valiosísima. No sólo no se elude el tratamiento de tales problemas, sino que, al contrario, se enfrenta a ellos con rigor

intelectual, ofreciendo soluciones que, se compartan o no, aparecen sólidamente fundamentadas y, por ende, constituirán, a buen seguro, punto de partida inevitable y referencia ineludible para quien quiera aproximarse al tema objeto de la obra.

III

Adentrándonos ya en el análisis estructural de la obra, ésta se divide en dos grandes partes. La primera, introductoria, que comprende de las páginas 25 a 55, dividida a su vez en cuatro apartados, que llevan por rúbrica: *I.1. La existencia inmemorial de la gracia; su extraordinaria y extendida vigencia actual y sus dispares causas; I.2. La gracia en el Derecho Constitucional comparado de nuestro entorno: la heterogeneidad de tipos y de denominaciones; I.3. Concepto aproximativo de gracia y sus implicaciones; diferencias con otras figuras de similares efectos. Concreción del tipo de gracia objeto de este trabajo; I.4. Problemas constitucionales que plantea la potestad de la gracia.* La segunda, que constituye el núcleo central de la obra, aborda el análisis de la gracia en el ordenamiento constitucional español, subdividida en cinco apartados: *II.1. Antecedentes constitucionales históricos de la gracia en nuestro sistema y tratamiento constitucional actual (pp. 57 a 70); II.2. Las formas de gracia en el ordenamiento español (pp. 70 a 121); II.3. La gracia desde el punto de vista del concedente (pp. 121 a 181); II.4. La gracia desde el punto de vista del beneficiario (pp. 181 a 190); II.5. El control de la gracia (pp. 190 a 251).*

La citada estructura va precedida de una Nota Previa —de agradecimientos y aclaratoria de algún extremo referente al origen de la investigación, al que ya hemos aludido— y de un magnífico Prólogo del catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, el profesor ARAGÓN REYES; y es coronada por unas conclusiones y la extensa bibliografía citada en las notas a pie de página, ordenada por orden alfabético de autores.

IV

Centrándonos ya en los aspectos materiales o de fondo, de los que es obligado dar cuenta, el profesor AGUADO comienza su estudio con la constatación de que la gracia es una institución de antiguo abolengo, atribuida a la divinidad en algunas civilizaciones, al monarca en tiempos posteriores, pero cuya existencia no se ha visto interrumpida, permaneciendo vigente en nuestros días no sólo en el sistema español, sino también en los extranjeros, como lo demuestran su aplicación a algunos conflictos recientes de sobra conocidos, a los que se alude en esta primera parte, en la que se aborda el estudio de las Constituciones de los países de la Unión Europea, Estados Unidos y Suiza. La variedad de tipos y la heterogeneidad de las denominaciones empleadas en los distintos sistemas jurídicos analizados obliga al autor a proporcionar un concepto de gracia, que con modestia califica de

intuitivo y aproximativo, y que, en mi opinión, es más certero de lo que se presenta, según el cual «*gracia es la potestad de un órgano en cuya virtud puede beneficiar discrecionalmente a los individuos respecto de las consecuencias desfavorables que les acarrea la aplicación de normas jurídicas*» (p. 44).

Se cierra esta parte introductoria con el planteamiento de los problemas constitucionales que presenta la potestad de gracia y que constituyen el eje central sobre el que rota toda la obra y late en la preocupación intelectual del autor. Si la gracia tiene el efecto beneficioso para el destinatario respecto de las consecuencias desfavorables que conlleva la aplicación de las normas jurídicas, se incurre en la contradicción entre lo que el ordenamiento determina (la imposición de una pena) y la inejecución de esa determinación, estando ambas cosas previstas en el mismo ordenamiento jurídico, pero correspondiendo a distintos poderes del Estado, lo que agrava aún más, si cabe, la contradicción.

Pero los problemas no se detienen en este punto, ya que el Estado de Derecho, como es el nuestro, se resiente con instituciones como la estudiada, pues sentado que deben aplicarse las normas que implican consecuencias desfavorables, no puede después renunciarse a ellas, a pesar de que sea el propio Estado el depositario del *ius puniendi*, pues tal derecho ha de convivir con el *ius cives* a que el Derecho se cumpla. Por tal motivo, la institución de la gracia puede afectar seriamente a dos principios básicos de nuestro orden constitucional: el principio de igualdad y prohibición de la arbitrariedad y el de seguridad jurídica.

La segunda parte de la obra comienza con un estudio breve, pero no por ello falto de rigor, de los antecedentes históricos constitucionales de la gracia en el Derecho español, entre los que destaca, por novedosa, la regulación de la Constitución de la II República, que además de prohibir expresamente los indultos generales, despoja al Ejecutivo de sus tradicionales facultades en el ejercicio de la gracia, alterando la que hasta entonces era la regla general, reservando al Parlamento el acuerdo sobre la amnistía y al Tribunal Supremo los indultos individuales. Tan sólo para los delitos de extrema gravedad, e incluso en este caso previo informe del Tribunal Supremo, se encomienda al Presidente de la República, a propuesta del Gobierno, la concesión del indulto.

Menos explícito es el texto constitucional vigente, que tan sólo contiene tres referencias a la gracia, a saber: en el artículo 62.i), para atribuir al Rey el ejercicio de la misma, con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales; en el artículo 87.3 *in fine*, que excluye de la iniciativa legislativa popular lo relativo a la prerrogativa de gracia, y el artículo 102.3, que prohíbe la aplicación de esta prerrogativa en los supuestos de responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno. No obstante, aunque no contienen referencias directas a la gracia deben, asimismo, traerse a colación el artículo 117.3, que atribuye la función jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a Juzgados y Tribunales; y el artículo 118, que impone la obligación de cumplir las sentencias y resoluciones firmes de aquéllos.

Empero las dificultades de establecer una tipología de la gracia, se parte de la diferenciación entre amnistía, de efectos más extensos, e indulto, y dentro de éste el general, por ser indeterminado respecto de los beneficiarios, y el particular, en el que los sujetos beneficiados son determinados o concretos; para adentrarse seguidamente en el arduo problema de la admisibilidad de la amnistía en nuestro ordenamiento jurídico actual.

Frente a un sector de la doctrina que ha interpretado el silencio constitucional respecto de esta forma de gracia —la amnistía— como prohibición de la misma, el profesor AGUADO construye una sólida tesis favorable a su admisibilidad, tesis que tiene como argumento principal el no estar expresamente prohibida por la Constitución, a diferencia de lo que sucede con el indulto general, y anticipándose, rebatiéndolos, a los posibles escollos con que pudiera toparse su construcción doctrinal.

Sentada la postura del autor, favorable a la admisión de la amnistía en nuestro sistema jurídico, analiza algunos aspectos de su régimen jurídico. Entre ellos es de resaltar el relativo al poder legitimado para el ejercicio de la amnistía, que no es otro, en opinión del autor, que el poder legislativo, produciéndose, como ya se apuntaba, una quiebra del principio de división de poderes. Por tanto, el instrumento normativo amnistiador es la ley formal, es decir, la Ley aprobada por las Cortes Generales. De esta circunstancia y de la inexistencia de límites constitucionales impuestos al legislador derivan otros elementos del régimen jurídico de la amnistía: respecto de los posibles sujetos beneficiarios cabe, en opinión del profesor AGUADO, tanto la amnistía general como la particular; en cuanto al objeto de las acciones sobre las que se proyecta la amnistía, se defiende no sólo que pueda recaer, como tradicionalmente ha ocurrido, sobre los llamados delitos políticos —cuya definición es desde el punto de vista legal difícil de precisar—, sino también sobre delitos comunes; y, por último, en relación a los efectos, éstos serán los que se expliciten en la Ley de Amnistía, sin que exista inconveniente jurídico en que aquélla alcance tanto a las consecuencias penales como a la responsabilidad civil derivada del delito.

No será ésta la única tesis atrevida que sostenga el autor del libro, quien dedica el resto del mismo (de las pp. 101 a 251) al estudio del indulto particular. El lector que emprenda la lectura de esta parte hallará un exhaustivo análisis de esta modalidad de indulto, su diferenciación de la amnistía y del indulto general, su régimen legal, su tipología atendiendo a la amplitud de los efectos y el procedimiento de concesión. Pero lo más llamativo es el planteamiento y la resolución de ciertas cuestiones que dicho régimen legal suscita, tales como si cabe el indulto anticipado y la repercusión que puede tener respecto de los derechos fundamentales del sujeto beneficiado.

En relación a lo primero, es decir, si puede ser concedido el indulto antes de que el sujeto sea condenado o sólo cabe *ex post*, se defiende una tesis amplia, favorable a la admisibilidad del indulto anticipado, con base en la excepción prevista en el artículo 3 de la Ley de Indulto, que exceptiona a los penados por delitos comprendidos en diversos Títulos del Código Penal

de la regla general de que sólo pueden ser indultados los procesados criminalmente que hubieran sido condenados por sentencia firme.

No oculta el autor que la concesión de la gracia con anterioridad a la firmeza de la resolución judicial condenatoria puede tener efectos sobre ciertos derechos fundamentales como el del honor, la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva. La anticipación del indulto impide que los órganos judiciales resuelvan sobre la culpabilidad o inocencia del indultado, que puede verse socialmente reprochado, con merma de su derecho al honor y de la presunción de inocencia y sin posibilidad de defensa en juicio, a pesar de no haber sido judicialmente condenado. Lo insatisfactorio de esta paradójica situación que pudiera producirse conduce al profesor AGUADO a admitir la renuncia al indulto anticipado, que se articularía no como renuncia de un derecho a la gracia, que no existe, sino como la afirmación del derecho a la tutela judicial efectiva, y se deduciría de la impugnación de la resolución del órgano judicial que impide al sujeto continuar la causa.

De sobresaliente valor es el enfoque dado al indulto particular, del que ofrece un análisis desde una triple vertiente: la del concedente, la del beneficiario y la del control, que pasamos a referenciar seguidamente.

Desde el punto de vista del concedente, el indulto es un «acto de integración» en el que, además de la intervención del Rey, aparecen implicados los tres poderes del Estado, aunque con distinta vinculación: «*vinculación constitucional expresa la del poder legislativo, vinculación constitucional tácita la del ejecutivo y vinculación sólo legal la del poder judicial*» (p. 123).

La concesión de la gracia se atribuye al Jefe del Estado, sin que dicha atribución ostente la naturaleza jurídica de un derecho, ni la de potestad, ni tan siquiera la de una prerrogativa en sentido técnico-jurídico, pues no constituye una reserva absoluta de garantías y de poderes discrecionales del Monarca independientemente de toda interferencia del Gobierno o del Parlamento; sino más bien la de «prerrogativa constitucional» en el sentido ofrecido por CIAURRO.

La concesión del indulto por el Rey debe hacerse «con arreglo a la Ley» [art. 62.i) CE]. Esta remisión constitucional a la Ley debe ser entendida como reserva de Ley formal, con exclusión del Decreto Legislativo por ser contrario al sentido de la división de poderes, y del Decreto-ley, porque, además, no concurre el presupuesto de hecho habilitante para el empleo de este tipo normativo. Es más, se trataría de una reserva de Ley ordinaria, no obstante estar prevista la gracia en el Código Penal como una causa de extinción de la responsabilidad penal y como un instrumento de equidad. La consideración de la gracia como materia orgánica en su calidad de causa de extinción de la responsabilidad penal no es correcta, en opinión del autor, porque del hecho de que de la denegación del indulto se deriven consecuencias negativas para la libertad del sujeto en la medida en que disponga la norma penal no cabe inferir que la gracia es un aspecto inherente al derecho de libertad consagrado en el artículo 17 de la Norma Fundamental.

Aunque la intervención parlamentaria en el indulto concluye en la regulación del ejercicio del mismo, desde consideraciones *de lege ferenda* se apunta

la posibilidad de que la regulación legal atribuyera su ejercicio al propio poder legislativo, dada la libertad de configuración con que cuenta éste, sin más límite que el constitucional. Esta propuesta, que supondría una mayor publicidad y objetividad, no choca con la exigencia de refrendo, toda vez que teniendo que ser ejercida formalmente —simbólicamente— la gracia por el Rey, por imperativo constitucional, el refrendo seguiría siendo del Presidente del Gobierno o, en su caso, de los Ministros competentes.

En concordancia con el sistema de monarquía parlamentaria imperante en nuestro ordenamiento, el ejercicio de la gracia por el Rey resulta ser un acto debido, sin que participe en la deliberación y, menos aún, en la decisión del mismo, limitándose a aceptar lo que se le presenta por el Gobierno, que es quien aprueba o no el indulto, a pesar del protagonismo que en el procedimiento de concesión posee el Ministro de Justicia, a quien corresponde tramitar el expediente y, en la práctica, determina la mayoría de ellos; práctica de la que discrepa el profesor AGUADO porque la significación del acto de gracia, interfiriendo la labor del Poder Judicial, exige que su fuente de producción sea la más elevada, por lo que debe ser competencia del Gobierno como órgano colegiado o, a lo sumo, de su Presidente, dada la preeminencia en el seno de aquel órgano colegiado. Por idéntico motivo, el refrendo del acto regio debiera hacerse por el Presidente del Ejecutivo, y no por el Ministro proponente —como es práctica reiterada— o, incluso, de forma colectiva por el Presidente del Gobierno y el Ministro proponente.

La intervención del Poder Judicial, no obstante no ser *ex constitutione*, sino *ex lege*, es de suma relevancia por las siguientes razones: es uno de los conductos por los que los interesados en el indulto pueden solicitarlo al Ministerio de Justicia; con algunas salvedades, ha de emitir informe preceptivo y en ciertos casos vinculante; es el órgano sentenciador el que ha de ejecutar la gracia concedida; es más, se halla facultado para instar el indulto o la conmutación de la pena (conocido como «indulto judicial») en los supuestos legalmente previstos en los que subyace la consideración de que es el órgano judicial el que por su proximidad al caso está en la mejor posición para saber si la conducta debiera ser o no considerada ilícita o si la pena a imponer es excesiva.

La importancia de la intervención judicial en el procedimiento de indulto no empece para que el autor formule, una vez más (ya anticipábamos la valía de la obra por las propuestas que se realizan) una proposición *de lege ferenda*. Ahondando en su afán de objetivar el ejercicio de la gracia defiende una mayor preeminencia de los órganos judiciales mediante la emisión de un informe motivado, como no podía ser de otra manera por imperativo del artículo 120.3 de la Constitución, que, en caso de ser negativo, impediría al Gobierno la concesión del indulto, en tanto que si resultara favorable no obligaría a aquél a otorgar la gracia, conservando de este modo el Ejecutivo la capacidad última de decisión para la denegación.

En el análisis del indulto desde el punto de vista del beneficiario del mismo, los esfuerzos van encaminados a fundamentar que la gracia no es

un derecho, ni una expectativa de derecho, toda vez que se caracteriza por la discrecionalidad en la concesión, sin perjuicio de que sí pueda solicitarse su concesión. Ahora bien, el que sea un acto discrecional del concedente no implica que pueda ser revocado o modificado por el concedente una vez concedido, ni que el sujeto beneficiado no pueda renunciar a él.

Finalmente, se aborda uno de los aspectos más interesantes de la obra objeto de la presente recensión, que cobra extrema actualidad a la luz de algún caso relativamente reciente. Nos estamos refiriendo a la cuestión del control de la gracia, en su doble vertiente de control político y jurídico. La posibilidad del primero no plantea excesivos problemas, teniendo en cuenta el órgano del que procede el indulto: el Gobierno; afirmación que no puede sostenerse con la misma rotundidad en relación al segundo, con respecto al cual se distingue el control externo o de procedimiento, por un lado, y el interno o de fondo, por otro. Aquél corresponde al órgano sentenciador y no a la jurisdicción contencioso-administrativa, como podría inicialmente pensarse por ser un acto del Gobierno. Más polémica suscita, y por ello mayor atención se le dedica, el control de la decisión, debido a la ausencia de previsión normativa al respecto. Tal silencio legal lo palía con una fundamentada teoría que defiende la posibilidad de dicha modalidad de control como consecuencia de la genérica interdicción de la arbitrariedad impuesta en el artículo 9.3 CE a los poderes públicos sin excepción. La exigencia de motivación de los actos derivada de la meritada interdicción, predicable también de los actos discrecionales, como es el que nos ocupa y las implicaciones del Estado de Derecho, convierte en jurídicamente fiscalizable el acto discrecional, no en cuanto a la decisión en sí, pero sí en lo relativo al proceso que ha llevado hasta ella, es decir, las razones de su adopción.

El *quid* de la cuestión se centra entonces en la determinación de los casos en que la gracia debe ser motivada. Así ha de serlo siempre, aunque sea mínimamente, en opinión del profesor AGUADO, en los supuestos de concesión del indulto mientras que en los casos de denegación, al no producirse interferencias de un órgano en las funciones de otro únicamente cuando existen precedentes sustancialmente similares en los que se ha concedido y ello por mor del principio de igualdad en la aplicación de la ley. En este último supuesto se podrá impetrar el control ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, en su caso, ante la jurisdicción constitucional. Mayores dificultades se plantean si la gracia es concedida. En tal caso, el control debe efectuarse, según la tesis defendida no sin osadía, por el Tribunal Constitucional, a través del recurso de inconstitucionalidad, bajo la consideración de que el Real Decreto de indulto posee una doble naturaleza: valor infralegal en cuanto al control de los aspectos formales y valor de ley cuando lo que se pretende es la fiscalización material o de fondo.

En fin, como resulta claramente de lo expuesto o, al menos ésa es la pretensión de quien estas líneas escribe, estamos ante una obra de enorme calidad intelectual, respecto de la cual sólo nos queda recomendar fervientemente su lectura. Desde estas páginas lo hacemos con la seguridad de que no defraudará las expectativas del lector interesado en la materia.