
Indulto y Poder Judicial: ¿Un instrumento para la realización de la Justicia?

Clemency and Judicial Power: Is it an instrument for the attainment of justice?

Enrique Francisco FLIQUETE LLISO

Universitat de València (Estudi General)
enrique.fliquete@uv.es

RECIBIDO: 13/07/2016 / ACEPTADO: 01/06/2017

Resumen: El indulto no es un vestigio histórico. Su reconocimiento en la totalidad de los textos constitucionales de nuestra historia, advierte la existencia de una necesidad que es satisfecha por el indulto, con independencia del momento en el que se haya aplicado. El indulto expresa el desajuste entre la norma penal y la justicia, que solo puede tener su remedio con el otorgamiento de la *gracia*. Pero la admisibilidad del indulto exige el pleno sometimiento a la ley y al principio de legalidad, desde un ejercicio restrictivo y excepcional, por tratarse de una potestad extraordinaria, pues determina una alteración de los principios constitucionales. Y sólo en la medida que sea el Poder Judicial el que asuma el ejercicio de la *gracia* del indulto, podría coherencia éste con la atribución constitucional de competencias a los poderes del Estado. Siendo así, el indulto es compatible con el Estado de Derecho, en la medida que cumpla con la finalidad que determina su existencia, y se someta a la Constitución y a la ley.

Palabras clave: derecho de gracia; indulto; clemencia; justicia material; utilidad pública; Estado de Derecho; Poder Judicial.

Abstract: Pardon is not a historical relic. Its recognition in all the constitutions of our history, warns that there is a need which is satisfied by the pardon, regardless of when it is applied. Pardon expresses the mismatch between criminal law and justice, which can only have a remedy with the granting of grace. But the admissibility of pardon requires their full compliance with the law and the principle of legality, from a restrictive and exceptional exercise, because it is an extraordinary power, because it determines an alteration of constitutional principles. And only if the Judicial Power assumes the Clemency exercise, could this one be compatible with the constitutional attribution of powers. Pardon is compatible with the rule of law, to the extent that meets the purpose that determines their existence, and when submitted to the Constitution and the law.

Keywords: right of pardon; pardon; clemency; material justice; public utility; rule of law; Judicial Power.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El indulto es una institución que ha subsistido históricamente a diferentes cambios de modelo de Estado, desde el origen de las civilizaciones y hasta nuestros días. La consideración del indulto como manifestación del poder supremo, un poder correlativo al de castigar, permite su admisibilidad en el sistema absolutista, pues no es dudoso atribuir la facultad de perdonar a quien tiene la facultad de imponer el castigo. Sin embargo, con el Estado de Derecho se

impone una quiebra del binomio poder único-titular único, para afirmarse, por una parte, el imperio de la Ley y, por otra, la división de poderes, ambos piedra angular del Estado de Derecho.

El indulto, por concepto, excepciona el principio de imperio de la Ley, pues con una decisión de poder se impide la virtualidad de la norma penal, al no cumplirse la previsión punitiva expresamente establecida en ella. Pero, y por otra parte, se quiebra el principio de división de poderes, por cuanto al poder judicial, en su misión de juzgar y ejecutar lo juzgado, se le interpone otro poder, que decide la inejecución de lo resuelto en una sentencia firme condenatoria.

Es por ello que la coexistencia de indulto con el Estado de Derecho debería tener una superior justificación respecto a los principios que excepciona, de forma que la importancia de tal justificación permita admitir la excepción. Y de la vigente regulación del indulto se advierte que la justificación de su excepcionalidad se encuentra en la consecución de la justicia material, que, para alcanzarse, exige superar el rigor de la norma jurídica en el supuesto concreto, para obtener una consecuencia no prevista por el ordenamiento positivo, pero que es materialmente justa.

El indulto, en el Estado de Derecho, no es manifestación del poder absoluto ejercido por un soberano clemente, sino la voluntad del Estado que aspira a la consecución de la justicia material, poniendo en evidencia la crisis de la doctrina de la identificación estricta entre Derecho y Ley, acuñada por el positivismo jurídico. Y en tal misión, no sólo es el poder ejecutivo el que puede orillar la eficacia de la norma penal injusta, sino también, y en especial, son los jueces y magistrados los que están llamados a la consecución de la idea de justicia aun en detrimento de la ley aplicable, materializando lo justo en su decisión, no simplemente lo ordenado por la norma.

La injerencia que el indulto, residenciado en el poder Ejecutivo, provoca en las funciones del poder Judicial que constitucionalizan los arts. 117 y 118 CE requiere de una nueva atribución de tal potestad que se cohoneste con el principio de división de poderes y su determinación en la Constitución: El indulto debe ser una potestad del poder Judicial y, por tanto, una nueva ley del indulto tiene que establecer tal potestad en los órganos jurisdiccionales.

Es objeto de este trabajo estudiar la admisibilidad del indulto en el modelo constitucional justificado en la búsqueda de la justicia, y si debería tener el poder judicial el protagonismo en la consecución de dicho objetivo en tanto le cumple la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y de administrar justicia.

2. EL DERECHO DE GRACIA

El *derecho de gracia*, según la dicción del art. 62.i) de la Constitución Española¹ o bien la de prerrogativa de *gracia*², utilizada en los arts. 87.3 y 102.3 del texto constitucional, es una manifestación de lo graciable, otorgado por quien ostenta el poder para concederlo, a favor de otro a quién le beneficia. El *derecho de gracia* –siguiendo la Exposición de Motivos de la Ley de indulto de 1870– significa perdón³, término identificador de la naturaleza de la institución. Más concretamente, el *derecho de gracia* es expresión de clemencia de quien ostenta el poder, el cual materializa el perdón. Y el *derecho de gracia* necesitará, como correlativo, la previa comisión de un hecho punible, que determina la imposición de un castigo, susceptible de ser perdonado⁴.

2.1. Derecho de gracia y soberanía

El otorgamiento de la *gracia* es un acto de poder (que concede un título, que perdona, que dispensa de una obligación), que solo puede dictarla el sujeto legitimado para ello, el titular del poder. Quien tiene poder para castigar, tiene

-
- ¹ Art. 62, Constitución Española: «Corresponde al Rey: i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales».
- ² Art. 87, Constitución Española: «3. 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» y art. 102, Constitución Española: «3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo».
- ³ Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, publicada en la Gaceta de 24 de junio de 1870. Exposición de Motivos: «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».
- ⁴ «La gracia implica la existencia de un castigo y, asimismo, la de la autoridad. La gracia queda configurada como la secuencia última de un proceso –de un engranaje– en el que se han admitido y se han dado por válidas, como presupuesto, en un buen número de condiciones, que atienden no sólo a la justificación de la autoridad, ya sea para imponer, ya para perdonar castigos, sino también a la justificación del castigo mismo que, por mor de la acción de la autoridad política –poder ejecutivo–, es susceptible de quedar sin efecto». BUENO OCHOA, L., «Elogio y refutación del indulto: estudio sobre la gracia del indulto y su regulación en el ordenamiento jurídico español», vol. 1, *Colección Derecho*, Ediciones Fiec, 2007, p. 22. *Cit.* en HERRERO BERNABÉ, I., «El Derecho de Gracia: Indultos», Tesis Doctoral, UNED, Madrid, 2012, p. 119.

poder para perdonar. Y la decisión de perdonar constituye un acto del poder, tan válido y eficaz como la norma que determina el castigo, pues ésta emana del mismo titular al que se reconoce el poder de crear normas⁵.

El concepto clásico de soberanía, como capacidad de poder absoluto, irresistible e incondicionado –formulado por HOBBS y BODIN– se residencia en el monarca, como identificación del Estado, no oponible por derecho alguno. BODIN la define como «el poder absoluto y perpetuo de una república (...) La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo. Este poder es absoluto y soberano, porque no está sujeto a otra condición que obedecer lo que la ley de Dios y la natural mandan (...) Sí decimos que tiene poder absoluto quien no está sujeto a las leyes, no se hallará en el mundo príncipe soberano, puesto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos»⁶.

Desde este concepto realista de la soberanía, que la identifica como efectivo ejercicio del poder –coincidiendo poder político absoluto y titular del mismo– una de sus expresiones clásicas es el ejercicio de la *gracia*, que se deriva de la consideración del Rey como ley en sí mismo, lo que determina el poder de crear, modificar y extinguir la ley por su sola voluntad o de excepcionarla, así como de la posición del Rey como última instancia de la justicia⁷, pues la voluntad del Rey es la expresión del poder del Estado.

⁵ «En términos paradigmáticos el Barón de Montesquieu identifica el derecho de gracia (clemencia) como ‘el más bello atributo de su soberanía’, pero debe retraerse de juzgar: ‘las leyes son los ojos del príncipe, que ve por ellas lo que vería sin ellas. Cuando quiere sustituirse a los tribunales, trabaja no para sí, sino para sus seductores y contra sí mismo’». MONTESQUIEU, «Del Espíritu de las Leyes», trad. N. ESTÉVANEZ, Porrúa, México, 1985, pp. 54-55. *Cit.* en ZÚÑIGA URBINA, F., «Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)», *Revista de Derecho Político*, n.º 42 (1997), p. 374.

⁶ «Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por esto, se dice que el príncipe está exento de la autoridad de las leyes. El propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía (...) Puesto que el príncipe soberano está exento de las leyes de sus predecesores, mucho menos estará obligado a sus propias leyes y ordenanzas. Cabe aceptar ley de otro, pero, por naturaleza, es imposible darse ley a sí mismo, o imponerse algo que depende de la propia voluntad. Por esto, dice la ley: *Nulla obligatio consistere potest, quae a voluntate promittentis statum capit*, razón necesaria que muestra evidentemente que el rey no puede estar sujeto a sus leyes». BODIN, J., «De la Soberanía», *Los seis libros de la República*, cap. VIII (1576). Trad. BRAVO GALA, P., Tecnos, 3ª ed., 1997, pp. 47 a 53.

⁷ «Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando en propiedad, puede decirse que sólo existe

Históricamente, la clemencia no se fundamentaba en la justicia sino en el propio poder. La *gracia* era un atributo del soberano, ilimitado e incondicionado, por lo que otorgarla suponía manifestar la soberanía sin requerimiento ni justificación alguna. Una cuestión diferente era el uso de la clemencia como medio instrumental para la cualificación del Rey respecto a sus súbditos, en orden a su consideración como soberano justo o clemente, o como mecanismo de oportunidad política, cuya última determinación corresponde al Rey, como titular del poder Ejecutivo⁸. La *gracia*, en el Estado absoluto, tiene dos elementos esenciales: poder y perdón.

El Estado liberal de Derecho, igualmente fundamentado en el concepto de soberanía, convertirá la *gracia* en una potestad que dejará de residenciarse en el Rey como prerrogativa propia, para manifestarse en una función del Rey como representante del Estado. Para su ejercicio material, en un Estado de poderes separados, se arbitrará la necesaria atribución competencial, a efecto de residenciar la potestad de su otorgamiento en alguno de los tres poderes.

Ese concepto clásico de soberanía como principal atributo del Estado, propio de la teoría política del siglo XIX, dio paso a una nueva concepción, en el Estado constitucional, donde la soberanía como poder omnipotente pasa a ser un poder otorgado por el sistema jurídico y por tanto necesariamente limitado, en el que rigen principios constitucionales que determinan quién es

este atributo de la soberanía. Todos los demás derechos están comprendidos en él: declarar la guerra o hacer la paz, conocer en última instancia de los juicios de todos los magistrados, instituir y destituir los oficiales más importantes, gravar o eximir a los súbditos con cargas y subsidios, otorgar gracias y dispensas contra el rigor de las leyes, elevar o disminuir la ley, valor o tasa de las monedas, hacer jurar a los súbditos y hombres ligios sin excepción fidelidad a quien deben juramento. Todos éstos son los verdaderos atributos de la soberanía, y están comprendidos bajo el poder de dar la ley a todos en general y a cada uno en particular (...) Pero dado que el vocablo ley es demasiado general, lo más conveniente será especificar los derechos de la soberanía, comprendidos, como he dicho, bajo la ley del soberano (...) Hablemos ahora de otro atributo de la soberanía, a saber, del derecho de última instancia, el cual constituye y siempre ha constituido uno de los principales derechos de la soberanía (...) De este atributo de la soberanía, se deriva también el poder de conceder gracia a los condenados por encima de las sentencias y contra el rigor de las leyes, por lo que se refiere a la vida, a los bienes, al honor, a la condonación del destierro. Los magistrados no tienen poder, por importantes que sean, para conceder gracia ni alterar sus propias sentencias». BODIN, J., «De la Soberanía», *ob. cit.*, pp. 75 y ss.

⁸ «Estado soberano es 'Estado-poder' (Estado absolutista) de ahí la filiación precisa del principio-dogma de la soberanía, que se proyecta con resabios anclados en el principio monárquico especialmente en los institutos de clemencia o gracia: indulto y amnistía». ZÚÑIGA URBINA, F., «Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)», *ob. cit.*, p. 375.

el soberano. Es la expresión, no de una autoridad sin límites, sino de un poder ordenado legalmente⁹.

La teoría del Estado democrático moderno, se fundamenta en la soberanía de la Constitución, en su posición jurídica, como competencia del Estado para tomar decisiones definitivas y vinculantes «Si el soberano es aquel cuya autoridad reconocida hace posible el gobierno de la nación y el derecho respaldado por la fuerza, entonces *the constitution is the sovereign*, puesto que la Constitución contiene y mantiene (*retains*) la unidad, la indivisibilidad y la supremacía que, conforme a la doctrina, constituyen la esencia de la soberanía»¹⁰.

El Estado constitucional es un poder político organizado y soberano, capaz de crear un ordenamiento jurídico que es supremo y vinculante –supremacía– y de hacerlo exigible. Tal naturaleza determina la posibilidad de que existan normas jurídicas, expresión de la capacidad autonormativa del Estado, que pueden suspender la eficacia de otras, limitar sus efectos, y excepcionarlas, y que se integran en un ordenamiento único. Y, en tal sentido, la *gracia* es admisible como excepción de la norma penal, en la medida que forme parte del ordenamiento jurídico. Cuestión diferente es la fórmula que determine el ejercicio de la *gracia*, y en particular, la titularidad de éste, atendido que la configuración jurídica del ejercicio de poder resulta ser una determinación constitucional –con independencia de su titularidad en abstracto–¹¹.

Esta concepción de la soberanía no impide considerar que la *gracia* es una manifestación de poder, y la hace posible en nuestro modelo de Estado, siempre que la norma constitucional prevea la posibilidad de excepcionar al propio

⁹ KELSEN, H., «*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*», Ed. Mohr Siebeck, Tübinge (1920), p. 17; *Cit.* en HILLGRUBER, C., «Soberanía. La defensa de un concepto jurídico», *Indret, Revista para el análisis del Derecho* (febrero 2009), p. 5.

¹⁰ LINDSAY, A. D., «*The modern democratic State*», Oxford University Press, 1943 (3ª ed., 1945), p. 224; *Cit.* en FROSINI, V., «Kelsen y las interpretaciones de la soberanía», *Costituzione e società chile, Edizioni di Comunità*, Milán, 1975 (2ª ed., 1977), trad. RUIZ DE LA CUESTA, A. y ALARCÓN CABRERA, C., *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, n.º 31 (enero-abril 1991), p. 67.

¹¹ «Existen diferencias entre las atribuciones del pueblo y las de la Constitución; al primero se le confiere la titularidad del poder soberano, y a la segunda, en cambio, su ejercicio concreto, distinción de carácter decisivo para la configuración jurídica de un poder (...) la posibilidad de separar netamente el titular de un derecho o poder de aquel que ostenta su ejercicio representa un nudo gordiano esencial en la experiencia jurídica; y si bien el ejercicio –de la soberanía– también viene atribuido al pueblo, se produce, no obstante, una alteración o conversión de la soberanía como status subjetivo (el pueblo soberano) en soberanía como *modus operandi* en ciertas formas y dentro de ciertos límites, a través de los cuales la soberanía se define y circunscribe», FROSINI, V., «Kelsen y las interpretaciones de la soberanía», *ob. cit.*, pp. 69 y 70

ordenamiento. Pero en un Estado sometido al principio del imperio de la ley, la simple titularidad del poder no va a ser justificación suficiente para admitir la existencia de la *gracia*.

El orden jurídico permite la *gracia*, pero requerirá de una justificación para alterar el carácter rector de la ley sobre todos los actos del Estado, pues el imperio de la ley no es solo un sometimiento, sino una premisa básica del modelo de Estado de Derecho. Y tal justificación se pasará a residenciar en la justicia como una aspiración del Estado en la creación del derecho positivo con trascendencia suficiente como para excepcionar a la norma jurídica que no alcance a satisfacer el ideal de justicia en el caso concreto.

Justicia y equidad como finalidad, son los dos elementos esenciales que se adicionan en el Estado de Derecho a una clemencia del absolutismo, manteniendo los ya identificados: el poder y el perdón. Pero si la norma jurídica es contrapuesta a la justicia para justificar la *gracia*, el criterio de determinación de lo justo y lo injusto para enjuiciar la ley aplicada al caso concreto implica la obvia subjetividad en cuanto a su apreciación, con el riesgo evidente de incurrir en arbitrariedad al ejercer la potestad de perdonar¹². Justicia y equidad, conceptos jurídicos indeterminados, requieren de una concreción, que se sitúa en la misión aplicativa.

2.2. *El derecho de gracia en el Estado de Derecho*

La recepción de un *derecho de gracia* configurado en el absolutismo, por parte del Estado constitucional, determinó la necesidad de su ajuste a las nuevas premisas de ejercicio del poder y a la nueva atribución de la soberanía al pueblo-nación. Así, siguiendo a ZÚÑIGA URBINA:

«El resabio monárquico absolutista que es la clemencia y sus institutos: indulto y amnistía, se insertan en el Estado de Derecho como una ‘jurisdicción retenida’ (Dorado Montero) en beneficio del Jefe de Estado o Parla-

¹² «El indulto se relaciona directamente con la equidad, como principio rector de la justicia, y con el perdón como principio ético. El indulto es expresión del Derecho de Gracia y aporta un instrumento individualizador y resocializador, aunque no se encuentra exento del riesgo de arbitrariedad. El Derecho de Gracia en España presenta gran disparidad de criterios y controversias en su aplicación. Se han elaborado algunos trabajos de tipo doctrinal, pero no han conseguido solucionar el problema, sino acentuar la disparidad». HERRERO BERNABÉ, I., «El Derecho de Gracia: Indultos», *ob. cit.*, p. 21.

mento. En consecuencia, en el contexto de la democracia constitucional los institutos de clemencia deben ser penetrados por el principio democrático, por la sujeción a un principio de legalidad y teniendo como limitación los derechos humanos. La Teoría Constitucional contemporánea debe superar el error conceptual de estimar al monarca-Jefe de Estado, órgano primario (supremo), y a la judicatura, órganos secundarios (Kelsen)»¹³.

El término *derecho de gracia*, o prerrogativa de *gracia*, evidencia que la institución comparte identidad con aquella clemencia del absolutismo y se inserta en el Estado de Derecho como un concepto previo a éste¹⁴. De ello resulta que la institución es la que exigirá un encaje en el nuevo modelo, y no una nueva conceptualización –que ya venía dada con su mera recepción– por lo que, si bien los dos elementos esenciales de la *gracia* absolutista –el poder y el perdón– se mantienen incólumes, no son suficientes para que la *gracia* en el Estado de Derecho sea admisible¹⁵. Y ha exigido que la *gracia* se articule

¹³ KELSEN H., «Teoría General del Estado», Ed. Editora Nacional, México D.F., 1965, p. 407. *Cit.* en ZÚNIGA URBINA, F., «Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)», *ob. cit.*, p. 378.

¹⁴ «Las diferencias entre una concepción patrimonial de la soberanía y del Estado, que se corresponden a la alta edad media en donde se perfilan estas instituciones, y la concepción de la soberanía en el Estado contemporáneo y en particular en el Estado social y democrático de derecho, hacen referencia a sus contenidos materiales y a las formas, pero existe a lo largo de los siglos y en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos occidentales, una identidad substancial en las instituciones que integran la clemencia. Bien es cierto que las manifestaciones de la clemencia sufrirán transformaciones notables en los últimos siglos hasta adquirir los perfiles con que las conocemos en la actualidad, pero en todo caso dichas técnicas jurídicas serán reconocibles a lo largo del proceso y constatable la tendencia a la concentración y regulación de su ejercicio. Sólo que, como ha sido puesto de manifiesto, mientras que al final del proceso de democratización del poder, que culmina en el constitucionalismo, el ejercicio del poder punitivo saldría prácticamente de la órbita del poder ejecutivo, la clemencia sigue, como antaño, en la órbita del Gobierno (o del Gobierno y del Parlamento en el caso de la amnistía)». LINDE PANIAGUA, E., «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año III, n.º 1823 (1988), p. 1425.

¹⁵ «Si con el sustantivo se haría evidente la naturaleza pre-estatal de la institución –anterior a la ordenación de las relaciones de poder en clave de derechos y obligaciones–, el adjetivo que le sigue permite sospechar que el sometimiento de la Jefatura del Estado al orden constitucional no llega al punto de que sus facultades sean estrictamente las que la Constitución le reconoce o que no todas ellas se explican en términos normativos y, por ello, jurídicamente fiscalizables. La gracia sería una facultad regia anterior al Ordenamiento y libre, en el marco constitucional, de límites jurídicos, excepción hecha de los que la Constitución le imponen (...) Escasos límites para un poder que, así, puede terminar demostrándose extraordinariamente perturbador para con el Estado de Derecho y sus bases de legitimación». REQUEJO PAGÉS, J.L., «Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional de Murcia y Universidad de Murcia, 2003, p. 90.

desde una nueva justificación –la justicia y la equidad– desde el sometimiento al principio de legalidad, al principio democrático y a la defensa de los derechos fundamentales –al desaparecer la fusión de todos los poderes en el Rey, que determinó que éste ejerciese la *gracia* como poder Judicial, Legislativo y Ejecutivo, en el absolutismo¹⁶–.

La posibilidad de que, en el Estado de Derecho, sea admisible el perdón de la pena impuesta en una sentencia firme resulta cuestión que viene determinada por la cualidad del poder del Estado requerido para operar tal excepción en el sistema punitivo. Si la clemencia es manifestación de la soberanía del Estado, solo una expresión de soberanía podría legitimar a la prerrogativa de *gracia*. Y, en el Estado constitucional, es el poder constituyente el que se manifiesta como expresión soberana.

De esta forma la clemencia puede coexistir con el modelo constitucional si es el constituyente el que prevé, expresamente, la existencia de ésta y es el que legitima, como poder soberano, la excepción de los principios que se advierten afectados en el Estado de Derecho con la *gracia*. El valor de la *gracia* constitucionalizada es el mismo que el de los principios que ésta excepciona «en sus manifestaciones amnistía e indulto es compatible con el constitucionalismo democrático, situándose el nivel de discrepancia en la regulación específica que dichas técnicas reciben en los diferentes ordenamientos jurídicos y la utilización de las mismas»¹⁷.

2.3. Crítica y refutación de la gracia

Siendo un poder público el que concede la *gracia* aparecerán los primeros reparos en cuanto a su admisibilidad en el Estado de Derecho. El imperio de la ley y el sometimiento de los poderes públicos a ésta, solo tienen efecto en cuanto a la habilitación normativa para atribuir la titularidad de la *gracia* y sobre el procedimiento para que ésta pueda ser ejercida, pero no existe límite normativo

¹⁶ «El Derecho de gracia, en su manifestación de indulto particular, es un instituto esencialmente histórico que acompaña a la idea de justicia desde antes de la configuración del Estado de Derecho. Tuvo su apogeo en las monarquías absolutas en las que todos los poderes del Estado confluían en el soberano. Constituye una supervivencia de la antigua fusión de todos los poderes en el Rey, tanto el poder judicial como el legislativo, e indultaban cuando y como lo tenían por conveniente». HERRERO BERNABÉ, I., «El Derecho de Gracia: Indultos», *ob. cit.*, p. 117.

¹⁷ LINDE PANIAGUA, E., «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995», *ob. cit.*, p. 1415.

en la facultad de decisión por lo que el otorgamiento del indulto materialmente, no resulta objeto de fiscalización por los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, la evidente desigualdad jurídica que se produce al conceder la *gracia* a unos sujetos y no a otros, ante situaciones idénticas, pone en duda que la *gracia* pueda coexistir con el principio de igualdad sin afectarlo. La atribución de titularidad de la *gracia* a un determinado poder del Estado facultándole para suspender la eficacia de las normas jurídicas –pues la *gracia* se ejerce sobre las consecuencias jurídicas de la norma– quiebra el principio de separación de poderes, el de seguridad jurídica y el de certeza del ordenamiento.

Además, el *derecho de gracia* no afecta únicamente a la fase de ejecución de la pena –esto es, la función del poder Judicial de «hacer ejecutar lo juzgado»– sino a la propia esencia de la norma penal, pues incide directamente en la previsión legal de los efectos de la acción típica. La influencia del *derecho de gracia* en el ámbito de la exigencia de *lex certa* –manifestación del principio de seguridad jurídica y de certeza del ordenamiento del art. 9.3 CE, en el ámbito penal– no resulta especialmente compleja de advertir. El principio de tipicidad –que el legislador recoge en los artículos 1.1 y 10 del Código Penal– se encontraría afectado por el ejercicio de la *gracia*, en cuanto a la pena aplicable –que igualmente se contempla en el art. 2.1 del Código Penal– en la medida que la taxatividad de la norma penal pierde toda su virtualidad respecto a la sanción prevista. El *derecho de gracia* no solo afecta a la misión de ejecutar lo juzgado, sino que está excepcionando la norma penal, pues impide su eficacia, afectando al principio de legalidad.

Plantea, así, la *gracia*, el problema de si resulta necesaria en el Estado de Derecho, advertidas disfunciones que ésta provoca respecto a muchos de los principios fundamentales de nuestro sistema constitucional. Es una evidencia que las penas son necesarias dentro del sistema punitivo del Estado, pero tal necesidad, en casos particulares y concretos, ofrece excepciones que no pueden ser contempladas por la ley, pues resultaría un imposible una norma penal que recogiese todas las contingencias en su aplicación. Tales excepciones hacen que la norma penal no responda a las exigencias de justicia material en el supuesto concreto, por lo que la justicia, como principio que inspira al ordenamiento, debe prevalecer ante las disfunciones de la ley que causan la injusticia material. Y es el indulto el instrumento ordenado a tal finalidad¹⁸.

¹⁸ TAPARELLI, L., «Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos», Tomo II. Trad. ORTÍ, J.M., Madrid, 1869, p. 55.

BENTHAM, detractor de la existencia del *derecho de gracia*, redujo las razones contrarias a éste derecho a la siguiente: «Si la pena es necesaria, no se debe perdonar; si no es necesaria, no debe pronunciarse»¹⁹. La utilización del indulto no es adecuada si se pretende con él la reforma de la ley por la vía de hecho, sustituyendo la misión del legislador en cuanto a su función de adecuación de la ley a la justicia²⁰.

Otros muchos autores han criticado la existencia del *derecho de gracia* en la historia del pensamiento jurídico. Así, el Marqués de BECCARIA, en su «Tratado de los Delitos y de las Penas», lo señala:

«A medida que las penas son más dulces, la clemencia y el perdón son menos necesarios. ¡Dichosa aquella nación en que fueren funestos! Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debiera ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fueran menores y el método de juzgar arreglado y corriente (...) Pero considérese que la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes: que debe resplandecer en el Códice, no en los juicios particulares: que hacer ver a los hombres la posibilidad de perdonar los delitos, y la pena no es necesaria consecuencia suya, es fomentar el alhago de sustancias no perdonadas son más bien violencias de la fuerza que providencias de la Justicia»²¹.

Igualmente son críticos, entre otros, KANT, FEUERBACH, FILANGERI, de una larga relación de pensadores que, por diferentes razones –muchas comunes– rechazan la existencia –mejor dicho, la subsistencia– del *derecho de gracia*.

¹⁹ BENTHAM, J., «Tratados de legislación civil y penal», Tomo III. Trad. SALAS, R., Madrid, 1822, p. 77.

²⁰ «El indulto no puede utilizarse como reforma, por la vía de hecho, de leyes consideradas injustas con carácter indefinido. Si las leyes no son justas, si es preciso modificarlas o derogarlas, para eso está el Parlamento. Puede servir el indulto particular para ajustar de modo provisional la legislación a la realidad cambiante o transformada, pero no estaría justificado que el Gobierno reiterara su utilización para un tipo de asunto y no afrontara la reforma de la legislación. Este proceder supondría una subversión de las funciones, que corresponden respectivamente al Gobierno y al Parlamento, de carácter inconstitucional. En tercer lugar, la vía del indulto particular no puede ser utilizada masivamente de modo que se convierta de hecho en un indulto general, reprobado por la doctrina progresista española y prohibido expresamente por nuestra Constitución». LINDE PANIAGUA, E., «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995», *ob. cit.*, p. 1423.

²¹ BECCARIA, C., «Tratado de los Delitos y de las Penas» (1764), 5ª edición., Ed. Porrúa S.A., México D.F., 1992, pp. 205 y 206. *Cit.* en ZÚÑIGA URBINA, F., «amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)», *ob. cit.*, p. 377.

Tal desencuentro entre Estado de Derecho y *gracia* solo se puede llegar a entender desde la previa génesis histórica de la *gracia* respecto al nacimiento del Estado de Derecho. No es difícil advertir que el origen de la potestad de *gracia* debe buscarse extramuros al Estado de Derecho y por ello, requiere un esfuerzo jurídico adicional para poder encontrar su encaje en el modelo actual de Estado. «El derecho de gracia es un concepto jurídico anterior a la configuración del Estado de Derecho y de la Monarquía Parlamentaria tal y como hoy en día los conocemos. Si bien la existencia del derecho de gracia es una reminiscencia histórica, que tiene su apogeo en las monarquías absolutas y en el Antiguo Régimen, es conveniente hacer un esfuerzo para ubicarlo en el seno del Estado constitucional actual y en el caso español en coherencia con los principios constitucionales de monarquía parlamentaria y el Estado de Derecho»²².

Pero la necesaria correlación entre *gracia*-poder permite afirmar que la existencia de la facultad de *gracia* es incluso previa a la génesis del Estado. La *gracia* es consustancial al poder y desde que éste existe –en los orígenes mismos de la existencia del hombre– existe la *gracia*.

3. EL INDULTO PARTICULAR

El indulto es, por concepto y naturaleza, una excepción en el Estado de Derecho. Es una institución que excepciona la norma penal, afectando al principio de legalidad y de seguridad jurídica; que incide en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El indulto es una institución constitucional. Y con su reconocimiento en nuestra Constitución, tales afecciones son admisibles por la voluntad del poder constituyente, pues no puede concebirse el indulto sino asumiendo que éste tiene, en su misma esencia, la naturaleza de la excepción.

Pero la materialización del indulto en su configuración actual determina una incidencia en las competencias constitucionales del poder Judicial, por decisión del legislador. Y, por ello, hay que distinguir entre aquellas disfunciones constitucionales que están ínsitas en la naturaleza de esta institución, de otras disfunciones que pudieran ser evitadas a través de una regulación legal

²² PÉREZ FRANCESCH, J.L., «El indulto como acto del Gobierno: una perspectiva constitucional (especial análisis del «caso Liaño»)», *Revista de derecho político*, n° 53 (2002), p. 29.

diferente. En concreto, hay que diferenciar entre el indulto, como instituto excepcional constitucionalizado, del acto con el que se materializa la concesión del indulto, atribuido materialmente al poder Ejecutivo.

3.1. *El indulto particular en el Estado de Derecho*

El indulto particular es una manifestación del *derecho de gracia*, que, junto al indulto general y la amnistía, conforman las tres formas en las que se presenta la clemencia en la tradición jurídica española. El art. 62.i) CE constitucionaliza el *derecho de gracia* como función del Rey, en los términos siguientes: «corresponde al Rey: i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales».

El tenor del transcrito art. 62.i) CE determina la prohibición de una de las manifestaciones históricas de la *gracia* –el indulto general–, y omite toda referencia a las otras dos (indulto particular y amnistía), pero de la prohibición se infiere la existencia de, al menos, otra especie de indulto no prohibida que, en coherencia con el acervo jurídico de la institución, es el indulto particular y de otra manifestación tradicional de la *gracia* emanada del poder Legislativo: la amnistía.

Centrada la cuestión en torno al indulto particular, se advierte que éste responde a los elementos esenciales de la clemencia en origen: poder y perdón. El indulto particular se materializa en nuestro ordenamiento en la Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la *gracia* del indulto, cuyo efecto es la «remisión» y la «conmutación» de la pena impuesta en una sentencia firme condenatoria²³, según prevé su art. 4. El Código Penal, en su art. 130.1. 4º, por su parte, determina que el efecto del indulto es la extinción de la responsabilidad criminal²⁴.

²³ Art. 4, Ley de Indulto de 1870: «El indulto podrá ser total o parcial.

Será indulto total, la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente.

Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves».

²⁴ Art. 130.1. 4º, Código Penal: «La responsabilidad criminal se extingue: por el indulto». Para LINDE PANIAGUA «El indulto parte de considerar que, con arreglo a la ley, el sentenciado había cometido un delito y que el juez había aplicado correctamente la ley. Es decir, parte el indulto

Con el indulto particular se produce la inaplicación de la pena impuesta en sentencia firme condenatoria, de forma excepcional, alterando tanto la previsión de la norma penal, como la función jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado. Tal disfunción sobre unos principios esenciales en el Estado de Derecho, exige que su concesión deba responder a motivos igualmente excepcionales. Así la fundamentación del indulto particular, según el art. 11, de la Ley de indulto de 1870²⁵, toma referencia en los conceptos de justicia, equidad y utilidad pública. El perdón responderá a dos causas diferentes: superar la injusticia causada por imposición de la pena a un individuo concreto, o la utilidad pública que puede suponer conceder tal perdón.

El indulto por injusticia se concreta en el art. 4.3 del Código Penal, en el cual se faculta al juez o tribunal para solicitar el indulto «(...) 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». La posibilidad de la ley injusta en el derecho positivo es premisa para que el indulto corrija tal injusticia, situando al indulto

de la limitación de la función de los jueces y de lo ajustado de la sentencia en relación a un sujeto, unos hechos y la ley. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentran ejemplos elocuentes de esta concepción, tanto antes como después de la promulgación de la Constitución de 1978... En este sentido la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1976, dice así: 'Cdo. 1.º, Que el indulto, en buena técnica penal, es una institución post-sententiam, que requiere para operar, la existencia previa de una resolución condenatoria, cuya pena, total o parcialmente, se deja de cumplir por el inculcado ante razones humanitarias o de otra índole que lo justifican, mientras que la amnistía, acaba con el delito cometido y con todos sus efectos, y tanto puede ser aplicada antes como después de la sentencia, teniendo en común ambas formas de extinción de la responsabilidad criminal, establecidos en los números 3.º y 4.º, del artículo 112 del CP, el ser manifestaciones próximas, aunque distintas, del denominado Derecho de Gracia, de vieja raigambre y el actuar de manera liberatoria en cuanto a la pena'. Por su parte el Tribunal Constitucional se ha expresado en esta misma línea en su Sentencia de 27 de mayo de 1987, que dice así: 'La aplicación de un indulto, en rigor produce la inejecución de una pena y presupone, normalmente una Sentencia condenatoria. Aunque con una desviación excepcional y anómala, los indultos generales, que la Constitución hoy prohíbe expresamente, han presentado un dual carácter de óbices de procedibilidad, obligando al sobreseimiento libre cuando las penas pedidas están comprendidas dentro de aquéllas a las que alcanzara el indulto total o, en otro caso, como motivo de inejecución de la pena obligando a su aplicación simultánea o posterior a la Sentencia que se haya dictado o se dicte'. LINDE PANIAGUA, E., «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995», *ob. cit.*, p. 1422.

²⁵ Art. 11, Ley de indulto de 1870: «el indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador».

como una herramienta para conseguir la justicia material²⁶ y compatibilizarla con la justicia formal.

El indulto por utilidad pública, determina tal manifestación de la *gracia* como un acto de dirección política, anudado, por tanto, a la idea de que el indulto determinará un beneficio para los intereses públicos, que éste será útil en el ámbito público. Un perdón que se desvincula de lo justo y lo injusto de la norma penal en el caso concreto, para entrar en terrenos distantes al de la justicia. El indulto como instrumento del poder²⁷.

²⁶ «El fundamento del indulto, se encuentra en la necesidad de un instrumento, un remedio jurídico, que corrija la estricta aplicación de la ley general, adaptándola a las específicas circunstancias particulares que pueden concurrir en cada caso concreto, ya que sería de necios pensar que las leyes y jueces y magistrados que las aplican son tan perfectos que la pena impuesta es siempre justa. Dicha idea predominante no ha quedado exenta de innumerables críticas, siendo la fundamental la arbitrariedad y los excesos en su aplicación por lo que sus detractores postulan su supresión, ante los abusos en los que se ha incurrido. Pero frente a ello sus defensores propugnan, ‘Honeste parcas improbo, ut parcas probo’, en realidad, su correcta aplicación, de tal forma que su concesión constituya un acto de justicia», SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., «Indultos y Amnistía», Valencia, 1980, pp. 242 y ss., reseñando la memoria de la Fiscalía General del Estado –antes de la Fiscalía del Tribunal Supremo– 1886, «Es un remedio jurídico para aquellas limitaciones por las que una sentencia penal no puede obtener sus aspiraciones de justicia y equidad»; LINDE PANIAGUA, E.; MONTES LUENGOS, J., «La pena de muerte y el derecho de indulto», Madrid 1897, p. 203; «hablar de justicia para conceder una gracia encierra dificultades de tipo contradictorio, primero porque cuando se está concediendo una gracia no se está haciendo justicia, porque la esfera de la gracia es algo que permanece al margen de la justicia. Y en realidad se supone siempre que la justicia cuando se tuvo en cuenta fue al establecer esas leyes penales y al condenar de acuerdo a ellas». RODRÍGUEZ FLORES, M^a. I., «El Indulto Penal», *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, n.º 84, Universidad de Salamanca, 1971. *Cit.* en HERRERO BERNABÉ, I., «El Derecho de Gracia: Indultos», *ob. cit.*, p. 117.

²⁷ «En cuanto a su funcionalidad política, ésta es resultado de que el campo de delitos y penas que comprende son de contenido político o bien sus motivaciones de tal índole, funcionalidad que incluso cierta doctrina y jurisprudencia ha estimado propia de los institutos; pero que nos permite situar a dichos institutos en el campo de la ‘justicia política’. La ‘utilización política’ de la clemencia puede hacer referencia tanto a específicos móviles del poder político que quiere revalorizarse con concesión, es decir, la clemencia en interés-propio (propio del poder político) como la clemencia en interés ajeno o en interés de la comunidad. Para algunos autores la clemencia en interés ajeno o de la comunidad debe admitirse y ‘sólo en cuanto tal debe entenderse admisible como instrumento óptimo para la adaptación del Ordenamiento a la realidad’. (Linde P.) Incluso se afirma que lo que ayer fue considerado delito puede con el cambio de circunstancias-valores dominantes perder tal carácter de reproche, surgiendo en este caso el peligro de utilizar los institutos de clemencia con fines demagógicos de poder frente a delitos que han perdido su valor social. En este cuadro incluso los críticos de los institutos de clemencia, los admiten como instrumentos políticos pacificadores o reajustadores (Bentham), cuando no existiendo motivos suficientes para modificar el ordenamiento penal se atempera a nuevas circunstancias o se adapta a nuevas políticas criminales o penitenciarias. Además, junto a la utilización política de los institutos de clemencia se admiten como instrumentos de justicia; como es evitar el cumplimiento

De esta forma, según DE CARRERAS «El derecho, como expresión de una cierta idea de justicia, desborda en muchos casos la pura lógica. *Summum ius, suma iniuria*, dice el viejo apotegma. Así, con el tiempo, se pudo comprobar que ciertas formas del derecho de gracia podían ser funcionales a la idea de impartir justicia en un Estado de derecho, siempre que su objetivo consistiera en no desviarse de la ley que fundamentaba la sentencia, sino, por el contrario, en aplicarla de forma más adecuada a su auténtica finalidad y sentido»²⁸, por lo que el *derecho de gracia* pasaría a conformarse como institución llamada a perfeccionar el Estado de Derecho, siempre que se funde en el derecho positivo²⁹. La rectificación, la opción del perdón, la posibilidad de reparar, lejos de configurarse como acto de un pasado histórico donde imperaba el Rey absoluto, responde a una «concepción pluralista y abierta de la sociedad, alejada de cualesquiera pensamiento único o unificador, contraria a la creencia de que las leyes puedan sintetizar la verdad o la justicia»³⁰.

El indulto, por ello, tiene su encaje en el Estado de Derecho, pese a los riesgos de arbitrariedad que puede suponer someter la excepción de la ejecución de una pena –y el valor de la norma jurídica– a la voluntad de quien tiene la potestad para acordarlo. El *derecho de gracia* permite la individualización de la norma al caso concreto adaptando, a través de su ejercicio. Así, dice SOBREMONTÉ:

«Las penas excesivamente rigurosas para el condenado, a las circunstancias personales del reo, facilitando su resocialización y reinserción social, lográndose a través de una justicia ‘extralegal’ o metajurídica, la atemperación

de cierta pena, corregir un ‘error judicial’ o bien simplemente ocultar un sistema penitenciario deficiente». ZAGREBELSKY, G., «*Amnistía, indulto e gracia. Profili costituzionali*», Milano, 1974, pp. 11 y ss. *Cit.* en ZÚÑIGA URBINA, F., «Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)», *ob. cit.*, p. 379.

²⁸ Y continúa indicando que «Las razones para otorgar el derecho de gracia son, entre otras, adecuar las penas a nuevas exigencias sociales, matizar el excesivo rigor derivado del carácter abstracto de la ley, poner remedio a la injusticia que suponen ciertas situaciones del penado (por ejemplo, sufrir enfermedades terminales cumpliendo condena), corregir errores judiciales y reparar los perjuicios causados por las dilaciones indebidas del juez o por defectos del sistema carcelario». DE CARRERAS, F., «El indulto en nuestro Estado de derecho», *El País*, 12 diciembre 2000.

²⁹ «Así lo expresaba Ihering, al considerar que el derecho de gracia podía ser ‘una válvula de seguridad del derecho, corrección de la generalidad del *ius strictum* frente a las exigencias de la equidad’, alegando que ‘se presentan a veces ciertas circunstancias en las cuales es más útil perdonar que castigar, más acertado olvidar que perseguir o, simplemente, templar las asperezas de la ley’». DE CARRERAS, F., «El indulto en nuestro Estado de derecho», *ob. cit.*

³⁰ DE CARRERAS, F., «El indulto en nuestro Estado de derecho», *ob. cit.*

de la injusticia real que supone la estricta aplicación del derecho positivo. Con esta institución se pretende corregir o evitar, en nombre de una justicia extralegal, y hasta superior a la Ley, en nombre de una ‘justicia humana’ las injusticias reales que de la estricta y rigurosa aplicación de las disposiciones del derecho pueden provenir. Ya se sabe que ‘*non omne quod, licet, honestum est*’ (el indulto) es capaz de reajustar el ordenamiento a la configuración de la realidad cuando el cambio operado no deba motivar la modificación del ordenamiento, sino su nueva reinterpretación. Puede ser también preludeo o preparación de la reforma, porque en otro caso la clemencia se estaría utilizando como instrumento de simulación y evitación de la reforma del ordenamiento jurídico»³¹.

El indulto se configura como la corrección del derecho para alcanzar la justicia al supuesto concreto. Pero también es, como lo fue antaño, un instrumento de poder. En nuestro modelo de *gracia*, acuñado por la ley de 1870, el ejercicio material del indulto –entendido como potestad que determina el contenido del acto que formalmente se exterioriza con la participación del Rey– corresponde al poder Ejecutivo³². En el ejercicio de tal facultad, el Gobierno interviene en un acto que es competencia del poder Judicial –pues el indulto supone la inejecución de la condena establecida en sentencia firme, así como la inaplicación de la pena que prevé la ley penal para una conducta típica–, y lo hace atendiendo a los criterios de justicia, equidad y utilidad pública que establece la ley de indulto de 1870.

Por otra parte, la participación del Rey en el ejercicio del indulto, está expresamente ordenada por el art. 62.i) CE. Nuestro modelo constitucional, al determinar que corresponde al Rey el ejercicio de la prerrogativa de *gracia*, no está afirmando una atribución regia de dicha función. El Rey, en nuestra

³¹ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., «Actos de justicia contra la justicia –o, de injusticia contra la injusticia–», 1980, p. 13. *Cit.* en HERRERO BERNABÉ, I., «El Derecho de Gracia: Indultos», *ob. cit.*, p. 118.

³² «La Ley de 1870 supone un determinado modelo de Indulto que sin duda puede discutirse pero que tiene una considerable solidez avalada por más de un siglo de permanencia en convivencia con toda suerte de regímenes políticos y jurídicos. En dicho modelo el indulto es un instrumento del Gobierno, pero un instrumento sometido a límites que se deducen expresa o implícitamente de la Ley de 1870 o del Código Penal. De modo que, aunque resulta evidente que corresponde al Gobierno tomar la decisión final de la procedencia o no de conceder el indulto, esta decisión, como se ha señalado recientemente, está sujeta al control parlamentario». LINDE PANIAGUA, E., «La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supremo y constitucional y del código penal de 1995», *ob. cit.*, p. 1422.

Constitución, no es el titular de la prerrogativa de *gracia*. La posición del Rey en nuestro Estado constitucional no permite afirmar que el Rey sea titular de funciones, sino que las funciones se manifiestan –se personifican– a través del Rey. Un breve análisis de la posición del Rey en el art. 56 CE permite advertir que su misión es «ejercer funciones», sin que se anude a dichas funciones la titularidad del poder que se materializa con tal ejercicio.

El ejercicio del *derecho de gracia* es un acto debido del Rey, pero éste no ostenta la titularidad de tal derecho. No es el titular del *derecho de gracia* ni, como titular, lo ejerce, sino que es quien debe ejercerlo en nombre –o representando– a su verdadero titular: el Estado. El *derecho de gracia* es una competencia del Estado en abstracto cuya titularidad no ha sido atribuida por la Constitución expresamente a ningún poder³³.

3.2. *Naturaleza jurídica del indulto*

La naturaleza del indulto está definida por la tradición jurídica y, desde ésta, el constituyente la asume y la constitucionaliza. El indulto que en la Constitución Española se admite como manifestación del ejercicio del *derecho de gracia*, está determinado por el concepto jurídico de indulto admitido en nuestro ordenamiento hasta la génesis de la Constitución y desde la Norma Suprema se compatibiliza con el resto de los contenidos constitucionales.

La determinación de los elementos configuradores del indulto resulta la primera cuestión a plantear, puesto que de ésta se desprenderán cuales confor-

³³ «El artículo 62 de la Constitución dice que corresponde al Rey: 'D) Ejercer el derecho de gracia...'. Únicamente por apego a la tradición y por deferencia a la Corona se sigue hablando en estos términos. El mal llamado derecho de gracia no era un derecho en el sentido técnico-jurídico de la expresión ni siquiera en la monarquía absoluta. Era mucho más: una potestad derivada de la soberanía regia, de la *maiestas*, de la justicia 'mayor y mejor' del Rey. Pero ser más o más importante que un derecho no es ser un derecho. Menos aún puede serlo en la monarquía parlamentaria, en la que el Rey ejerce funciones tasadas, debidas, regladas y refrendadas, de manera que no puede oponerse a firmar un indulto que le presenta, con su refrendo, el Ministro de Justicia con el respaldo del Presidente del Gobierno, el cual, a su vez, está respaldado por la mayoría del Congreso de los Diputados, Cámara en la que reside (junto con el Senado) la representación de la soberanía popular. Esto es algo que no admite réplica en pura teoría constitucional democrática. La misma Constitución se precave frente a una mala intelección de dicho instituto añadiendo que el Rey ejerce tal derecho (=función) 'con arreglo a la ley'; y, todavía más, marca un límite infranqueable a esta ley, la cual 'no podrá autorizar indultos generales'». TORRES DEL MORAL, A., «¿Qué son los derechos históricos?» *Ius fugit*: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos, n.º 15 (2007-2008), pp. 59 y 60.

man la esencia de la institución y, por tanto, son imprescindibles para su efectiva concreción, pues son los tomados en consideración por el constituyente para implícitamente tenerlos por confirmados como propios de la naturaleza constitucionalizada del *derecho de gracia*. Y la identificación de éstos, pasa por concretar los elementos que sí que han sido expresamente determinados por el constituyente, y por los que se desprenden de la regulación legal del indulto en la Ley de 1870.

En primer lugar, el indulto es un acto que expresa la soberanía del Estado. El *ius puniendi* es, para ROCCO, «la facultad del Estado de actuar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal en sentido objetivo) que garantizan la consecución de su finalidad punitiva a pretender de otro aquello a lo que está obligado por la norma misma»³⁴, y desde la superioridad del Estado en el ejercicio de su poder soberano, el indulto es manifestación de la misma potestad. El poder para decidir el delito y su castigo, tiene la misma naturaleza que el poder para decidir lo que no debe castigarse, o que el castigo no se aplique, esto es, el *ius non puniendi*.

El *ius puniendi*, como competencia del Estado, expresa el derecho de castigar concretado en la determinación de los delitos y las penas que le son aplicables³⁵, a partir el cual se estructuran los principios rectores constitucionales en

³⁴ ROCCO, A., «*Sul concetto del diritto subiettivo di punire*», *Opere Giuridiche. Scritti giuridici vari*, vol. III, Ed. Società Editrice del Foro italiano, Roma, 1933, pp. 127-152. *Cit.* en SUAY HERNÁNDEZ, B., «Refutación del *Ius Puniendi*», *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, ARROYO ZAPATERO, L.A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE I. (coord.), vol. 1, 2001, p. 721. La misma autora sigue indicando que «El derecho de penar es un derecho subjetivo público del Estado, y más exactamente, un particular derecho de supremacía derivado del status subiectionis general de los súbditos y de la obediencia política. El fundamento jurídico del derecho de penar reside en la soberanía del Estado; ésta es la causa última a la que, jurídicamente, puede referirse el *ius puniendi* del Estado. Más allá de la soberanía podrá aducirse un fundamento ético o filosófico de la pena, pero no jurídico».

³⁵ «El Estado es, sin cortapisa, libre para declarar qué conductas son delictivas y cuáles no y la gravedad de la sanción penal a imponer a las primeras (es lo que se denomina *ius puniendi*). Marino Barbero Santos respondió a esta cuestión: 'el Derecho no es una concesión que el Estado haga a los ciudadanos, sino el sólo medio en que vive y manifiesta su existencia. Fuera del Derecho no hay Estado' y acabó refiriendo la cuestión a la regulación de la convivencia humana en sociedad, aunque asumiendo una concepción finalista del Derecho penal, según la cual, la misión de éste es la de protección de la sociedad. Para los juristas alemanes de finales del siglo XVIII y del XIX, el *ius puniendi*, como derecho subjetivo de penar, *Strafgevalt*, o *potestas criminalis*, legitimaba las leyes penales o Derecho penal en sentido objetivo. El *ius puniendi* era inherente a la soberanía del Estado, constituía la *peinliche Hobeit* e incluía la potestad de legislación penal, la potestad judicial y la ejecutiva. El desarrollo del positivismo (normativo) en la doctrina penal, modificó la anterior comprensión hasta tal punto que la invirtió: el derecho penal subjetivo pasó a ser una

el ámbito punitivo, los criterios hermenéuticos del Derecho Penal, y también la competencia de los tribunales de justicia para el conocimiento de los hechos delictivos, ejerciendo materialmente, para el caso concreto, el *ius puniendi* estatal.

En segundo lugar, el indulto es una función del Rey. El tenor literal del art. 62.i) CE expresamente determina al Rey como única institución del Estado relacionada con el *derecho de gracia*, encomendando a éste su ejercicio. Como ya se ha indicado, tal ejercicio no determina que sea el Rey quien tenga a su disposición el contenido material de la decisión de conceder el indulto –advertida su posición constitucional y la necesidad de refrendo de sus actos–. El Rey debe ejercer el *derecho de gracia* en su misión representativa del Estado, y, por ello, su participación en éste es ritual.

Pero tal cometido, está explicitando la determinación del constituyente respecto a la naturaleza del acto encomendado, que, a su juicio, exige la participación del más alto representante del Estado. No es, pues, solo la consideración formal como acto lo que requiere la intervención del Rey, sino que con ésta se cualifica el valor material del mismo, al expresarse a través de la jefatura del Estado. En tal sentido, el constituyente está asumiendo la trascendencia del *derecho de gracia* como excepción del sistema constitucional, y la explicita a través de la manifestación de su más alto representante, el Rey, como titular de la jefatura del Estado³⁶.

consecuencia del Derecho penal objetivo. Esta inversión se llevó a cabo y se consolidó a partir de los postulados de la doctrina de los derechos públicos subjetivos. Desde mediados del siglo XIX, juristas como Stahl, Gerber, Laband o Jellinek elaboraron la doctrina de los derechos públicos subjetivos, a partir de la rica tradición germánica sobre el Derecho y los derechos de Savigny, Puchta, Windscheid y Ihering entre otros. Dicha doctrina estableció como premisa básica la sumisión del Estado (liberal) al Derecho; en contraste con el modelo de la monarquía absoluta, el Estado se transformó en un sujeto disciplinado jurídicamente entre otros sujetos; de modo que dejó de estar al margen y por encima de la ley para situarse dentro de y sometido a, la ley». SUAY HERNÁNDEZ, B., «Refutación del Ius Puniendi», *ob. cit.*, p. 721

³⁶ «La intervención del Rey en un acto jurídico significa la intervención del Estado en su unidad. Por eso se puede atribuir formalmente al Rey, sin esfuerzo dogmático, la potestad de excepcionar la ejecución de una sentencia penal mediante la condonación en todo o en parte de la pena que se indulta y que ha sido impuesta por Tribunales a los que compete exclusivamente juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por exigencia del artículo 117.3 CE. La atribución al Rey del derecho de gracia se explica porque es el único órgano que, sigue ostentando constitucionalmente ‘en posición’ la condición de vértice de los tres poderes en nuestro Estado social y democrático de Derecho. ‘La justicia’... ‘se administra en nombre del Rey’ (art. 117.1 CE) y la interferencia que un indulto singular crea en las funciones constitucionales que tienen atribuida hoy en forma exclusiva los Tribunales del orden penal puede explicarse sólo si es el Rey quien perdona la pena». Voto particular del Magistrado D. Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013.

Si el constituyente sitúa el ejercicio del *derecho de gracia* como función de la más alta magistratura del Estado, lo hace asumiendo que con tal función se exterioriza el contenido material de una potestad que estará a la altura del órgano constitucional que la debe manifestar. Con ello, el *derecho de gracia* pasa a ser admitido implícitamente, como función de Estado, constitucionalizando las disfunciones que éste implica sobre el resto del sistema constitucional.

En tercer lugar, el indulto significa perdón. La concreción del significado del indulto se efectúa en la Ley de indulto de 1870, recogiendo el acervo histórico sobre dicha institución, desde tiempo inmemorial. El *derecho de gracia* tiene una manifestación concreta en el indulto, y éste tiene a su vez, dos manifestaciones: el indulto general y el indulto particular. El indulto general, prohibido por la Constitución, y el indulto particular tácitamente admitido por el constituyente, desde la expresa prohibición del general. La vigencia de la Ley de indulto de 1870 al tiempo de los trámites constituyentes, advierte que el contenido de dicha norma era el elemento referencial para la constitucionalización del *derecho de gracia* en la expresión que la meritada norma regulaba: el indulto particular.

Los elementos determinantes de la prohibición del indulto general, y de ellos, la concreción de lo admisible constitucionalmente en el indulto, se presentan, además, como parte del contenido esencial de la naturaleza del indulto, pues lo prohibido es el límite a lo permitido. El perdón, en el indulto, a) no puede ser genérico ni indeterminado respecto a los sujetos que se beneficien de él; b) no puede otorgarse sin la previa declaración de responsabilidad criminal en sentencia firme condenatoria; c) no se puede conceder sin atender a criterios de justicia, equidad y utilidad pública.

En cuarto lugar, el indulto supone la inexecución de la pena impuesta en una sentencia firme, por extinción de la responsabilidad criminal. La concesión de un indulto determina, según la ley penal, la extinción de la responsabilidad criminal y, desde ésta, que la pena impuesta en sentencia firme condenatoria no se pueda ejecutar. La inexecución se plantea desde elementos externos al derecho positivo, pues es el resultante de la extinción de la responsabilidad criminal, previamente declarada en sentencia firme.

El condenado, para obtener el indulto, debe ser el responsable penal de los hechos por los que ha sido condenado. Una responsabilidad que se determina en la recta aplicación del derecho, por los jueces y tribunales. El indulto no desvirtúa la declaración de responsabilidad penal, pues tal declaración es el elemento esencial de la condena y se integra en la función constitucional de

la jurisdicción³⁷. El indulto, por mandato legal, extingue la responsabilidad, según dispone el art. 4 del Código Penal.

4. JUSTIFICACIÓN DEL INDULTO EN EL ESTADO DE DERECHO

El indulto no es un vestigio histórico. Su reconocimiento en la totalidad de los textos constitucionales de nuestra historia, advierte la existencia de una necesidad que es satisfecha por el indulto, con independencia del momento en el que se haya aplicado. El indulto expresa el desajuste entre la norma penal y la justicia, que solo puede tener su remedio con el otorgamiento de la *gracia*³⁸.

El derecho positivo se demuestra insuficiente para alcanzar el principio de justicia que la Constitución advierte en su Preámbulo³⁹ y explicita en su art.

³⁷ «La punibilidad no se ve menoscabada, puesto que subsiste, abstractamente en la previsión de la norma, pero a pesar de ello, la institución del indulto puede afectar a la restauración de la vigencia de la norma, pues ésta tras la comisión del delito, se estabiliza habitualmente mediante la pena, y toda clemencia irrumpe de forma abrupta en dicha estabilización, desestabilizando el sistema (...) Expresión de la señalada naturaleza jurídica otorgada al indulto es que, en cuanto que el Real Decreto de indulto al modificar y sustituir a la sentencia en que se impusieron la pena o penas que remite, aunque sin suprimirla, despliega los efectos de una decisión jurisdiccional, pues se confiere al propio Tribunal que dictó la sentencia la ejecución de la gracia otorgada conforme establece en artículo 31 de la Ley de la Gracia de Indulto, quien procederá a su cumplimiento por los términos prevenidos en el Libro VII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». HERRERO BERNABÉ, I., «El Derecho de Gracia: Indultos», *op. cit.*, p. 121.

³⁸ «Para enfocar adecuadamente el presente asunto, es conveniente comenzar haciendo dos consideraciones de alcance general sobre el indulto. La primera es que, contrariamente a lo que algunos piensan, el indulto no es una reliquia del pasado, un vestigio del antiguo poder absoluto del príncipe. Antes al contrario, el derecho de gracia, del que el indulto es una manifestación, sigue teniendo sentido en un moderno Estado democrático de derecho. Así lo demuestra que la mayor parte de los ordenamientos occidentales, aun con diferentes regulaciones, reconocen el derecho de gracia; y así lo demuestra, sobre todo, que el derecho de gracia constituye una especie de válvula de seguridad para hacer frente a posibles consecuencias indeseables de una aplicación estricta de la ley. Y entiéndase bien: cuando se afirma que el derecho de gracia sirve para moderar un posible rigor excesivo, no hay que pensar únicamente en aquellos casos en que razones de equidad o de justicia material aconsejan una reducción o un perdón de la pena impuesta. El derecho de gracia también puede cumplir una importante función en aquellos otros casos en que, sin que medien serias razones de equidad o de justicia material a favor del reo, otras consideraciones de interés general aconsejan la clemencia. Piénsese, por no poner más que ejemplos obvios, en la necesidad de asegurarse la colaboración de confidentes en organizaciones criminales, o la de suavizar conflictos en las relaciones internacionales». Voto particular concurrente del Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Jiménez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, *ob. cit.*

³⁹ Preámbulo, Constitución Española: «La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran...».

1.1 como valor superior del ordenamiento jurídico⁴⁰. Tiene así el indulto su fundamento constitucional en la consecución de la justicia y en ella se reside su compatibilidad con el Estado de Derecho.

El indulto es un instrumento para adecuar el rigor de la norma penal a las exigencias sociales, matizar el carácter abstracto de la ley positiva, para remediar injusticias que puede causar la aplicación del derecho, para corregir los errores y las disfunciones del sistema judicial, para paliar los efectos que la pena puede causar a individuos determinados. En definitiva, para alcanzar la justicia en el caso concreto, cuando ésta no se alcanza en la aplicación de la ley penal⁴¹.

Pero la admisibilidad del indulto exige su pleno sometimiento a la ley y al principio de legalidad, desde un ejercicio restrictivo y excepcional, por tratarse de una potestad extraordinaria, pues determina una alteración de los principios constitucionales. Siendo así, el indulto es compatible con el Estado de Derecho, en la medida que cumpla con la finalidad que determina su existencia, y se someta a la Constitución y a la ley⁴². Sin embargo, el control del

⁴⁰ Art. 1.1, Constitución Española: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

⁴¹ «La institucionalización de la prerrogativa de gracia en la Constitución de 1978 obedece a razones de interés público constitucional, pues responde a la necesidad de arbitrar mecanismos que permitan al Gobierno –en su función de dirección de la policía criminal– eximir del cumplimiento de las penas impuestas por un tribunal de justicia en sentencia firme, mediante la concesión de indultos particulares, atemperando el rigor del *ius puniendi* del Estado en supuestos en que concurren circunstancias humanitarias, de justicia material, equidad o utilidad pública o conveniencia social. [...] Que esa idea de justicia que debe informar el Estado de Derecho según el Texto Constitucional no tendría satisfacción cumplida si entre el supuesto de hecho y la pena o consecuencia jurídica no existiera una relación de justa proporcionalidad, que abstractamente se deduce del art. 15 de la Constitución, y que en forma concreta debe observarse al realizar por el Tribunal la individualización de la pena, y en este trance, donde reside el aspecto más delicado de la función juzgadora, aunque el resultado mortal se halle vinculado por una relación de previsibilidad al robo con violencia e intimidación concertado, arrastra tras de sí, haciendo la aplicación rigurosa y correcta de las disposiciones legales que ha hecho el Tribunal de instancia, unas penas desmedidas en relación con la culpabilidad de los agentes si se tienen en cuenta los medios violentos de utilización para la realización de los hechos y ese menor grado de malicia da lugar a que se estime excesiva la pena impuesta, y justifique del Tribunal para elevar al Gobierno de la Nación propuesta del indulto parcial en los términos que expresará la pertinente exposición, de acuerdo con lo prevenido en el párr. 2º del art. 2 del C. P. y art. 902 *in fine* de la L. E. Crim.» Voto particular del Magistrado D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, *ob. cit.*

⁴² «La regulación constitucional del derecho de gracia se contempla específicamente en los artículos 62 i), 87.3 y 102.3 de la Constitución, aunque para comprender la naturaleza, alcance y

indulto, solo puede extender su fiscalización al cumplimiento de sus aspectos formales, el cual no alcanza al contenido material de la decisión⁴³.

Precisamente, la decisión que determina la concesión del indulto solo se sitúa en la órbita de la voluntad libérrima de quien ostenta la potestad para su concesión. Es esta voluntad la que debe tomar en consideración el aparente conflicto entre derecho positivo y justicia material –pues en tal consideración debe entenderse a la justicia en contraposición con la norma jurídica–, para resolver, en definitiva, desde su único criterio, con la necesaria prevalencia de la justicia, pues solo así se alcanzaría una auténtica justificación en la excepción del derecho al supuesto concreto al ejercer el indulto. Pero en la justicia material se encuentra también el principal obstáculo para la conciliación entre los principios y valores constitucionales y la concesión del indulto, por la inexistencia de pauta o referencia alguna para la determinación de lo justo o injusto.

4.1. *La justicia material como justificación del indulto*

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 2013, indica: «La gracia del indulto, aun justificada su existencia en el intento de consecución de la justicia material del

significado de esta función regia es preciso considerar otras disposiciones constitucionales que delimitan su recto ejercicio. En este sentido, cabe advertir que el ejercicio del derecho de gracia, conforme a una interpretación integradora y sistemática de la Constitución, fundamentada en el principio de unidad de la Constitución, está supeditado y condicionado por los siguientes mandatos y exigencias de carácter sustantivo: ser congruente con el valor justicia (art. 1.1 CE), respetar el principio de legalidad y el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), ser conciliable con la salvaguarda de los derechos de las víctimas (arts. 10 y 24 CE), y preservar el derecho de los penados a la reinserción social». Voto particular del Magistrado D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, *ob. cit.*

⁴³ «Examinado el indulto con una visión sustancialista del derecho de gracia concluyo que todo indulto se concede, y desde hace más de dos mil años, por razones de bondad y de equidad (antigua clementia Principis). Cuando se respetan –como no puede ser de otra forma en un Estado social y democrático de Derecho– todos, y cada uno, de los límites formales y todas, y cada una, de las prohibiciones que marca el legislador de 1870 (y ha revisado el de 1988), el indulto es fruto de una libre estimación subjetiva. Debe ser sometido, sin duda, a controles políticos, parlamentarios o del mismo electorado pero no es susceptible de ser articulado en un juicio de Derecho por lo que no puede ser controlado por los Tribunales de lo contencioso-administrativo más que en sus aspectos formales». Voto particular del Magistrado D. JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, *ob. cit.*

caso concreto inspirado en el valor justicia (art. 1 CE), es una prerrogativa excepcional que sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma como Estado de Derecho, sujetándose al principio de legalidad, con lo que ello supone de límite pero también de presupuesto habilitante» (Fundamento de Derecho 9º).

La justicia material es justificación del indulto en el Estado de Derecho en la medida que con éste se pretende la consecución de la justicia que no se ha alcanzado por la aplicación de la norma penal por parte de los tribunales. La contraposición se produce entre justicia y norma penal, ya que la aplicación de la norma jurídica por los órganos judiciales –la exigencia material de la existencia de una sentencia firme condenatoria– se presume conforme a derecho, por lo que el conflicto no se sitúa en la labor aplicativa de la norma –pues la misma es susceptible de revisión por vía de recursos– sino en la norma en sí, en el derecho positivo, que puede generar situaciones de injusticia material⁴⁴.

No obstante, la justicia material como justificación para la inaplicación de la norma, genera un aparente conflicto con el principio seguridad jurídica, reconocido en el art. 9.3 de la Constitución Española, y en su Preámbulo, al calificarlo como «principio inspirador de todo el ordenamiento jurídico»⁴⁵. La seguridad jurídica «Concebida como principio constitucio-

⁴⁴ No toda la doctrina considera que el Estado de Derecho requiera de instrumentos para la consecución de la justicia material. Así, PEDRAZ PENALBA considera que «Hay que tomar distancia respecto de la idea de que la noción de Estado de derecho se realiza únicamente cuando este asuma una tarea de justicia distributiva (*iura* distributiva) esto no es, la repartición de bienes materiales o de derechos. No es una tarea del Estado de Derecho garantizar la justicia material, sino la justicia del procedimiento, esto es, seguridad jurídica, y fiabilidad del derecho. Es aquí donde reside su función como garante de la libertad. Su tema es la seguridad del orden jurídico alcanzado. La Justicia material no es objetivo político, sino el resultado del objetivo político; el objetivo político es la libertad social cuya articulación exige una justicia distributiva». PEDRAZ PENALBA, E., «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», *La reforma del proceso penal en España*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989, p. 381.

⁴⁵ «Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución –legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad– no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho. En especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la

nal, puede considerarse un instrumento normativo fundamental para la realización de los valores superiores del ordenamiento jurídico, o incluso como un valor intermedio según el cual el ordenamiento jurídico ha de garantizar su propia consistencia como sistema normativo para sus destinatarios y operadores»⁴⁶.

La seguridad jurídica es tanto la suma de todos los principios básicos del art. 9.3 CE –certeza, legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, de interdicción de la arbitrariedad y reserva de ley–, como un principio con valor autónomo, en tanto éste se determina como la certeza sobre el contenido de la norma y el modo de aplicación del ordenamiento jurídico. La seguridad jurídica parte de así de la norma jurídica para afirmar desde ella la necesidad de conocer las consecuencias jurídicas que ésta determina: lo permitido, lo prohibido, lo ordenado, la finalidad de lo normado. Y anudado a tal sentido, que lo establecido en la norma no sea alterado sino por los cauces establecidos por el propio ordenamiento jurídico; es la certeza que tiene el individuo de la permanencia de una situación jurídica.

Seguridad jurídica y justicia formal están así conectadas, pues la justicia formal es el presupuesto necesario para alcanzar la seguridad jurídica. El ámbito de la seguridad jurídica no se limita a la certeza de lo establecido en la norma, sino también a la aplicación de la norma, en tanto el modo en el que se interpreta el ordenamiento jurídico resulta la determinación del significado de la norma.

La oposición conceptual entre el principio de seguridad jurídica y la justicia material es evidente. Con el primero, se alcanza la convicción sobre el valor absoluto de la norma y su supremacía. Con el segundo, se relativiza el valor de la norma, hasta hacerla inaplicable en la consecución de una justicia real, y no solo formal. La articulación de argumentos ordenados a contraponer al derecho positivo el principio de justicia material, requiere de una duda sobre el valor intrínseco del ordenamiento jurídico para la conse-

igualdad, en libertad». Sentencia 27/1981, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 10º)

⁴⁶ Peces Barba propuso como redacción del art. 1.1 CE la siguiente: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico a la seguridad jurídica, la libertad, la igualdad y la solidaridad». PECES-BARBA, G., «Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española Funciones y fines del derecho», en *Estudios en Honor del profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, Murcia, 1992, p. 272. *Cit.* en Lauroba Lacasa, M. A., «El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del Derecho», *Louisiana Law Review*, vol. 63, nº 4 (2003), p. 1243.

cución de la aspiración a alcanzar la justicia y se opone al valor del principio de seguridad jurídica, que, en la Filosofía del Derecho, expresa la moral interna del derecho⁴⁷.

Por otra parte, la justicia material es un concepto indeterminado. Para aproximarnos a su significado, se puede tomar referencia en la definición de Ulpiano de la justicia: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» –la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar (conceder) a cada uno su derecho–⁴⁸. Desde la inicial identificación de la justicia como un acto de derecho positivo, se pasó a un concepto de justicia como valor y finalidad del derecho, con la clásica división entre las posiciones del iusnaturalismo y el positivismo jurídico –cuestión que excede el ámbito de este trabajo–⁴⁹. Igualmente, la justicia se pone en relación con los principios de

⁴⁷ «El argumento de la justicia material en favor de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica podría establecerse en estos términos: el respeto de las exigencias de la seguridad jurídica (o de la moral interna del derecho) impide a un legislador y a su sistema jurídico la consecución de ciertos grados de injusticia material o, al menos, los predispone de algún modo hacia la justicia material. Si esto es así, parece haber una buena razón para creer que la seguridad jurídica está dotada de algún valor moral intrínseco y también para justificar la expresión ‘moral interna del derecho’». GARCÍA MANRIQUE, R., «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», *Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 26, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989, p. 36.

⁴⁸ BETANCOURT SERNA, F., «Derecho Romano Clásico», Universidad de Sevilla, 2007, p. 143. Continúa indicando que «El concepto de *iustitia* como el hábito de dar a cada uno su derecho, es un principio muy antiguo en la civilización occidental. En efecto, su primera formulación escrita aparece en Homero, *Odisea*, 14,84; Luego en Platón, *República*, 1,311, y Aristóteles, *Retórica*, 1,9; Ética a Nicómaco, 5,1. De Grecia pasó a Roma en Cicerón, *De finibus*, 1,24, y, fundamentalmente, en la jurisprudencia (D. 1,1,10). Adoptado por el Cristianismo en San Ambrosio, *De officiis*, 1,24, S. Agustín, *Civitate Dei*, 19,21, y S. Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, 2,2, quien define la Justicia como ‘el modo de conducta (*habitus*) según el cual un hombre, movido por una voluntad constante e inalterable, da a cada uno su derecho’. Dicha definición, como advierte S. Tomás de Aquino, no es más que una refundición de las acuñadas por el Derecho Romano, pero ‘estructurada de acuerdo con las leyes formales de la definición’. Según el pensamiento clásico, la justicia se realiza plenamente en una comunidad cuando las tres principales formas de relación entre los hombres, es decir, cuando las tres estructuras fundamentales de la vida común son ‘rectas’, es decir, ordenadas. Esas tres estructuras son las siguientes: i) las relaciones de las personas entre sí (*Ordo partium ad partes*), ii) las relaciones del todo social con las personas (*Ordo totius ad partes*), y iii) las relaciones de las personas para con el todo social (*Ordo partium ad totum*). A estas tres formas básicas de relación social responden las tres principales formas de justicia: i) la justicia conmutativa, reparadora o contractual, que regula las relaciones de la persona con la persona; ii) la justicia distributiva o asignadora, que regula las relaciones de la sociedad para con sus miembros, es decir, las personas; iii) la justicia legal o general, que regula las relaciones de los miembros (personas) para con el todo social».

⁴⁹ Sirva como referencia, RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., «Historia del Pensamiento Jurídico», Universidad Complutense, Madrid 1977, pp. 171 y ss.

igualdad y proporcionalidad, a efecto de su concreción⁵⁰. La dignidad humana y los derechos fundamentales están estrechamente vinculados a la justicia para determinarse, siguiendo a De Domingo, en el criterio básico de justicia en el neoconstitucionalismo: «La apuesta por el principio de proporcionalidad supone renunciar a una teoría material de la justicia en favor de una teoría procedimental de la justicia, pues en eso se traduce la apuesta por un procedimiento argumentativo disciplinado por reglas formales como el principio de proporcionalidad»⁵¹.

La existencia del indulto parte de la posibilidad de que la norma se aplique justamente, pero que se produzcan consecuencias injustas, por lo que en tales casos la norma jurídica, rectamente aplicada, contradice el principio de justicia del art. 1.1 CE. La superación de la injusticia de la norma, en el caso concreto, se arbitra a través del indulto, pero no es éste el único instrumento para la consecución de la justicia material. Así, los tribunales han utilizado la justicia material como criterio para no aplicar una norma jurídica que se revela injusta en el caso concreto, venciendo al principio de seguridad jurídica y certeza del ordenamiento, y evitando la injusticia que generaría su aplicación.

⁵⁰ «... los principios de igualdad y proporcionalidad se aplican al que crea los criterios y le piden que no introduzca diferenciaciones en el establecimiento de los criterios o que, dentro de ellos, introduzca sólo las diferencias que tengan una justificación objetiva... Son por tanto principios de Justicia material». LARENZ, K., *Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1985, p. 138.

⁵¹ «Los derechos fundamentales son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional, mientras que la dignidad es el título en que se funda dicho reconocimiento y/o atribución. Los derechos fundamentales se convierten en el criterio básico de justicia: aquellas acciones –tanto de particulares como de poderes públicos– y normas que los lesionen podrán calificarse de injustas y, por tanto, sería lógico que el ordenamiento jurídico dispusiera de mecanismos adecuados para reaccionar frente a ellas (...) dado que la dignidad se encama y garantiza a través de los derechos fundamentales, no hay inconveniente en sostener que éstos expresan un valor objetivo que se erige en la piedra angular de la Constitución, lo que efectivamente les otorga una dimensión objetiva o institucional (...) la apuesta por el principio de proporcionalidad altera profundamente el sentido original de la concepción de la justicia que introduce el neoconstitucionalismo. Como se ha señalado, el neoconstitucionalismo sostiene que los derechos fundamentales constituyen el núcleo de lo justo y, en consecuencia, el criterio básico de justicia de la comunidad política. Semejante teoría de la justicia no puede admitir sin resultar incoherente que los derechos fundamentales sean restringidos –más allá de las restricciones contempladas en el propio texto constitucional– para preservar bienes colectivos, o que conductas que constituyen el legítimo ejercicio de un derecho fundamental –no prima facie– carezcan de protección institucional». DE DOMINGO PÉREZ, T., «Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 56 (2007), pp. 250 y ss.

Un somero examen de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo advierten que la consecución de la justicia material es un criterio hermenéutico de juzgados y tribunales, para la interpretación del derecho positivo. La crítica sobre tal función se pone de manifiesto en numerosos pronunciamientos, pero, y también, resulta admitido en otros muchos. La doctrina científica, por su parte, asume la aplicación de la justicia material con recelos y visión crítica⁵².

La posibilidad de que los órganos jurisdiccionales apliquen el criterio de justicia material, parte de la misión de administrar justicia que recogen los arts. 117 y 119 CE, «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial», y se tendría habilitado en el art. 1.1 CE, al entenderse la justicia un valor superior del ordenamiento jurídico, pues la aplicación del derecho por los jueces y tribunales tiene como resultante ideal la justicia⁵³.

Y lo cierto es que la invocación de la justicia material por parte de los órganos judiciales como pauta de resolución del eventual conflicto entre norma y justicia, ha sido recurrente y se pone en evidencia en multitud de pronunciamientos judiciales, de los diferentes órdenes, incluidos el Tribunal Supremo y Constitucional.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 89/2011, de 6 de junio, rechaza la aplicación jurisdiccional de la justicia material si ésta se opone al tenor de la Constitución: «Y es que la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo (art. 1.1

⁵² «En un Estado de Derecho los deseos o conceptos personales de justicia material no podemos convertirlos en ley, sin pasar por el parlamento, y actuar como si estuvieran establecidos en la ley, si quiera sea porque el concepto de justicia material no es unívoco, sino multívoco en una sociedad plural como es la nuestra. Por eso es importante que sea el parlamento, como órgano de representación de la voluntad popular, quien determine dicho concepto y lo establezca en la ley». PÉREZ ALONSO, E., «Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo español», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 32 (2002), p. 160.

⁵³ «Es en esta proyección material de la Justicia en la que cabe identificar a ésta con la jurisdicción: se ‘hace justicia’ al impartirla, en cada caso concreto, aplicando el derecho positivo válido y vigente de acuerdo con las reglas sistémicas. Se ‘hace justicia’ al dictar el Derecho justo de acuerdo con el sistema de fuentes normativas y de integración sustantiva (...) Se habla pues de la ‘justicia’ como resultante ideal de la aplicación del Derecho operada por los jueces al impartir jurisdicción». LÓPEZ AGUILAR, J.F., «Justicia y estado autonómico: orden competencial y administración de justicia en el estado compuesto de la Constitución española de 1978», Ministerio de Justicia, 1994, p. 30.

CE)» sin que sea lícito «sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional..., en aras de una ‘justicia material’, que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador», reiterando lo ya expresando en Sentencia 20/1987, de 19 de febrero⁵⁴, en el juicio entre la norma constitucional y la aspiración a la justicia material⁵⁵.

Igualmente se rechaza la posibilidad de una interpretación tendente a la consecución de la justicia material por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 59/2006 de 27 de febrero, para admitir el acceso al Amparo del Tribunal: «La pretensión del recurrente, en este sentido, de que este Tribunal Constitucional atienda a la consecución de la justicia material, invocando a tal fin los valores superiores del Ordenamiento jurídico de libertad y justicia, recogidos en el art. 1 CE, no sirven para desvirtuar lo dicho, puesto que, como es doctrina de este Tribunal, sólo son revisables en el amparo constitucional las resoluciones que vulneren los derechos a que se refieren el art. 53.2 de la Constitución y el art. 41.1 de nuestra Ley Orgánica, no integrando dichos principios, por sí solos, derechos fundamentales susceptibles de amparo (STC 112/1991, de 11 de abril, FJ 3, entre otras)»⁵⁶.

⁵⁴ Censurando la «incongruencia por exceso cometida al condenar a un procesado por unos hechos que no fueron objeto de acusación constituye una violación de una de las garantías principales del proceso penal configurada en nuestra Constitución como derecho fundamental de todos. Se trata, ciertamente, de una garantía formal, pero es a través del respeto y del celoso cumplimiento de tales garantías como se ha de perseguir en el proceso la justicia. La vulneración del principio acusatorio cometida por la Audiencia Provincial y confirmada por la Sentencia de casación tiene sustantividad propia y merece el amparo de este Tribunal».

⁵⁵ «No está de más recordar que el principio de intangibilidad de las Sentencias y demás resoluciones dictadas por los órganos integrados en el Poder Judicial forma parte del cuadro de garantías que el art. 24.1 CE consagra. No quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la ‘santidad de la cosa juzgada’ en aras del superior valor de la justicia, estableciendo supuestos de firmeza potencialmente debilitada; pero el derecho a la tutela judicial efectiva sí proscribire que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes puedan dejarse sin efecto. Como indicamos en la Sentencia 67/1984, de 7 de junio, los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 de la C.E.) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, ‘revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad’, sea ésta sustantiva o meramente objetiva (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 3). Y es que la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo (art. 1.1 CE), sin que sea lícito ‘sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional..., en aras de una ‘justicia material’, que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador (STC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 4)» (Fundamento Jurídico 5º).

⁵⁶ Con mayor contundencia se expresa el voto particular del Magistrado D. ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREJO, a la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre: «De otro modo, se corre el riesgo de caer en el puro decisionismo o en la ‘justicia del Cadí’ haciendo justicia material del caso a

Sin embargo, la aplicación del criterio de justicia material sí ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, en la interpretación por parte de los juzgados y tribunales de los requisitos de admisión de recursos, confrontándola a la norma reguladora de la jurisdicción, en la Sentencia 94/2009, de 20 de abril: «Todo ello nos lleva a concluir que la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de inadmitir el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Sánchez Costas frente a la Resolución de 1 de agosto de 2003 que desestimó la solicitud de declaración de vía de hecho, porque dicho recurso se dirige contra un acto que es reproducción de otro anterior, definitivo y firme, resulta ser una interpretación y aplicación de los requisitos legales que sólo puede caracterizarse como rigorista, formalmente excesiva e inajustada a la justicia material del caso, máxime porque partimos de una actuación reconocida por la misma Administración de exceso de ocupación en la finca por parte de las empresas que llevan a cabo la obra».

Y también en la interpretación del cómputo para la redención de penas por trabajo, el Tribunal Constitucional ha aplicado el criterio de justicia material en Sentencias del 39/2012, de 29 de marzo, 40/2012, de 29 de marzo, y 47/2012, de 29 de marzo: «Esta nueva interpretación, como ya he destacado anteriormente, no puede considerarse que incurra en ningún defecto de motivación de carácter constitucional y, probablemente, da una mejor respuesta tanto desde la perspectiva de la justicia material como de la político-criminal. Del mismo modo, cabe afirmar que ni el derecho a la libertad ni la vinculación de su garantía legal con el principio de seguridad jurídica imponen la petrificación de una determinada interpretación del derecho»⁵⁷.

En diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional encuentra la justicia material su encaje como criterio de interpretación de la ley, aplicable al

través de la 'optimización', a golpe de Sentencia, del principio de igualdad del art. 14 C.E. en relación con el principio rector del art. 39.1 C.E., de la protección social, económica y jurídica de la familia».

⁵⁷ Continúa diciendo: «La problemática inherente a la acumulación jurídica de penas lleva aparejada esa irresoluble disparidad criticada, porque ante la magnitud de los delitos acumulados quiebra la posibilidad de una respuesta de justicia material acorde a esa gravedad y entran en juego otros principios del Estado de Derecho que limitan la intervención a una duración de la pena de cumplimiento verosímil y a la vez compatible con la prohibición de penalidades contrarias a la dignidad humana. Ciertamente, dicha autolimitación no obsta, dentro de las regulaciones posibles, que sea más acertada aquella que permita una graduación ajustada a los diferentes grupos de casos de acumulación delictiva, como la que ofrece el nuevo Código penal de 1995 en su artículo 76, que un sistema único e indiferenciado de acumulación».

caso concreto. Así, la Sentencia 141/1988, de 12 de julio, sobre la prueba de la carga fiscal: «en todo caso, el incumplimiento de la carga fiscal, sea imputable a la parte o no lo sea, falsea el resultado del proceso, haciéndolo depender de la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones fiscales de una de las partes, con la consiguiente quiebra de los principios que tratan de establecer un equilibrio entre las mismas en orden a la formulación de alegaciones y aportación de medios de prueba, con el fin de asegurar la justicia material de la decisión».

También para justificar el acceso al recurso de casación, en Sentencia 73/1990, de 23 de abril: «Entrando ya en la primera de la vulneraciones denunciadas, debemos señalar que el recurso de casación fue originariamente concebido, más por razones políticas que jurisdiccionales, como un instrumento procesal de defensa de la Ley y de unificación de los criterios judiciales de interpretación de las normas jurídicas y, en virtud de ello, la introducción de cuestiones de hecho en tal clase de recurso fue inicialmente considerada como una cierta desnaturalización del mismo, que las leyes sólo admitieron de manera muy restrictiva y rígidamente formalista al objeto de reducir al máximo la admisión de dichas cuestiones de hecho. Esta concepción original fue, sin embargo, sometida a un largo y polémico proceso de superación que ha dado paso a la casi unánime doctrina actual que, por razones de justicia material y de la dificultad técnica que plantea la distinción entre el hecho y el Derecho, fuertemente contestada por un importante sector de la ciencia jurídica moderna, considera más conveniente y adecuado dar entrada en la casación, sin los antiguos recelos».

Y en Sentencias del Tribunal Constitucional 68/1998, de 30 de marzo, en el ámbito del derecho administrativo sancionador⁵⁸, y 189/2005, de 7 de

⁵⁸ «A este respecto, resulta altamente expresiva la evidencia con la que el propio Alto Tribunal sentenciador explícitamente advierte sobre la inutilidad de buscar diferencia alguna entre el supuesto explícito de los arts. 167 y concordantes R.R.I., y la hipótesis –ahora en cuestión y no prevista en tales preceptos– del sancionado con suspensión de sus funciones una vez culminado el procedimiento administrativo sancionador pero sin que tal sanción sea todavía definitiva. Que tal fuera la conclusión del supremo Tribunal de Justicia, resulta con completa evidencia de los párrafos 3º, 4º y 5º del fundamento jurídico 1º C) de la Sentencia de casación, donde ampliamente se argumenta no sólo sobre la aplicabilidad al caso de las normas a la postre llevada a término, sino sobre las razones por las cuales, pese a no estar explícitamente contemplado el supuesto de la suspensión como sanción administrativa no meramente cautelar, sino como resultado del procedimiento administrativo, el párrafo último del art. 167 R.R.I. debió ser aplicado a tal situación, no sólo por elementales razones de justicia material –también expresadas en la resolución impugnada–, sino también por la más genérica de existir una regla de aplicación general a todas las suspensiones reglamentariamente previstas –la que exige el nombramiento de sustituto–,

julio⁵⁹, sobre el deber de contribuir. Aunque la alegación de las partes para la aplicación de criterios justicia material como argumento de Amparo en sede constitucional es habitual, el Tribunal principalmente se refiere a él como mandato al legislador para que la norma jurídica se construya a partir del citado principio⁶⁰. Ello no implica que, según se advierte, el Tribunal rehúya su aplicación en determinadas situaciones.

Por su parte, el Tribunal Supremo advierte, en su misión nomofiláctica, de la aplicación sistemática del principio de justicia material por parte de los juzgados y tribunales, encontrándose al efecto numerosas sentencias de las diferentes Salas del Alto Tribunal en las que se hace referencia expresa a tal criterio, bien aplicado por los órganos judiciales en las causas de origen, bien por aplicación directa.

Sirvan como muestra, en el orden Social, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2014, sobre la revisión de sentencias firmes, donde debe prevalece el principio de justicia material sobre el de seguridad jurídica⁶¹ (en el mismo sentido Sentencia de 18 de abril de 1991). En el

ninguna previsión en cuanto al caso concreto debatido, y la evidencia de no ser susceptibles las reglas sancionadoras de interpretación analógica extensiva».

⁵⁹ «Como dijimos en las mencionadas SSTC 182/1997, 137/2003 y 108/2004, el art. 31.1 CE ‘conecta el citado deber de contribuir con el criterio de la capacidad económica (con el contenido que a este principio de justicia material se ha dado, fundamentalmente, en las SSTC 27/1981, 37/1987, 150/1990, 221/1992 y 134/1996), y lo relaciona, a su vez, claramente, no con cualquier figura tributaria en particular, sino con el conjunto del sistema tributario. El art. 31.1 CE, en efecto, dijimos tempranamente en la STC 27/1981, ‘al obligar a todos al sostenimiento de los gastos públicos, ciñe esta obligación en unas fronteras precisas: la de la capacidad económica de cada uno y la del establecimiento, conservación y mejora de un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad’ (FJ 4). Conforme a la propia literalidad del art. 31.1 CE queda claro, pues, que el Decreto-ley no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo’ (FJ 7). De manera que vulnerará el art. 86 CE ‘cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario’ (FFJJ 6 y 7, respectivamente)».

⁶⁰ *V. gr.*, SSTC 76/1986, de 9 de junio, 147/1986, de 25 de noviembre, 157/1990, de 18 de octubre, 37/2012, de 19 de marzo, 70/1988, de 19 de abril, 47/1993, de 8 de febrero, 87/1996, de 21 de mayo.

⁶¹ «El recurso de revisión tiene una naturaleza extraordinaria, limitada a supuestos tasados recogidos en el art. 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Hemos venido afirmando, respecto al juicio de revisión, que su finalidad última, ‘se orienta a la prevalencia del principio de justicia material sobre el de seguridad jurídica que acompaña a toda sentencia firme obtenida en un proceso judicial. De aquí que, en la pugna entre ambos principios, dotados en la actualidad de

orden penal, la Sentencia de 14 de mayo de 2005, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sobre el momento procesal en el que se debe tener por dirigida la acción contra el culpable, donde el Tribunal, en su interpretación del art. 204 LECrim., afirma atender a razones de seguridad jurídica y justicia material⁶². Igualmente, en las Sentencias de 14 de octubre 1992, 6 de junio de 1993 y 10 de mayo de 1994 en la reparación de la lesión producida en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, resuelta mediante la atenuación de la responsabilidad penal, fundada en razones de justicia material⁶³.

En la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19 noviembre de 2012, se aplica el principio de justicia material para justificar la reiteración de los actos administrativos anulados en el ámbito tributario. En la de 11 de febrero de

un reconocimiento jurídico-constitucional en los arts. 9 y 24 de CE, haya tenido que arbitrase un sistema de protección combinada que propicie la adecuada pervivencia de uno y otro en términos de ajustada ponderación jurídica' (reproduciendo doctrina anterior, SSTs de 15/03/01 –rec. 1265/00–; 26/04/05 –rec. 23/03–; 31/10/05 –rec. 9/05–; 24/07/06 –rec. 35/05–; 24/10/07 –rec. 22/06–; y 06/11/07 –rec. 26/06–). Y al constituir una quiebra del principio de autoridad de la cosa juzgada [antes art. 1251 CC y actualmente art. 222 LECiv], el juicio de revisión no puede exceder de los estrictos límites que tiene legalmente demarcados, pudiendo únicamente ser pretendida a través de las causas previstas en la Ley, que se configuran como *numerus clausus* o 'tasadas', imponiéndose –pues– 'una interpretación restrictiva y rigurosa tanto de sus causas, como de sus requisitos formales', a fin de evitar que se convierta en un nuevo grado jurisdiccional en el que, al arbitrio de alguno de los litigantes y con menosprecio de la cosa juzgada, se intente volver a discutir casos ya debatidos y definitivamente resueltos, con olvido de que el recurso de revisión no se halla establecido para corregir sentencias supuestamente injustas, sino para rescindir las ganadas injustamente».

⁶² El Tribunal recuerda que el artículo 204 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al juez a «dictar y firmar en el día siguiente en que se hubieren entablado las pretensiones que por ellos se hubieren de resolver», y, en opinión del Tribunal Supremo, «el incumplimiento de esa obligación no puede suponer un perjuicio para el justiciable que se atuvo en su actuar a los plazos legalmente establecidos».

⁶³ En su Sentencia de 19 de junio de 2012, la sala de lo Penal del Tribunal Supremo resolvía la aplicación de una atenuante no invocada por la defensa, por razones de justicia material: «En tanto que por lo que se refiere a la segunda de las objeciones que esta estimación pudiera merecer, cual es la de no haber sido instada la aplicación de esta atenuante por la Defensa del recurrente, en la instancia, si bien es cierto que en una correcta lógica procesal ello es así, tampoco deben olvidarse no sólo las razones de justicia material que abonarían la aplicación de una circunstancia tan evidente, sino, además, el hecho de que a la Defensa que sostiene en todo momento, como es el caso, la libre absolución de su defendido, no puede obligársele a postular una calificación alternativa que, incluyendo la concurrencia de atenuantes, venga a admitir, siquiera sea eventualmente, una hipótesis de culpabilidad, máxime cuando es a partir de la propia declaración de la existencia de reparación, que no se produce hasta el dictado de la Resolución de instancia, cuando se adopta la iniciativa de instar la correspondiente consecuencia atenuatoria».

2009, menciona la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 como el ejemplo de resolución ligada a la exigencia de justicia material, en materia de objeción de conciencia⁶⁴.

Y ello sin perjuicio de la invocación del principio de justicia material en innumerables resoluciones judiciales de juzgados y tribunales, como la pauta de enjuiciamiento de la norma jurídica en situaciones de franca insuficiencia de ésta, o en otras, donde el derecho positivo se manifiesta generando situaciones de injusticia real. Por ejemplo, el ya célebre Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre 2010, que admite la adjudicación de vivienda como un mecanismo de extinción total de la deuda, obligando al banco acreedor a aceptar las consecuencias de sus propios actos y, por tanto, a respetar el valor de tasación atribuido inicialmente a la vivienda, basada en la justicia material.

El análisis de la aplicación del principio de justicia material por parte de los órganos jurisdiccionales, permite establecer, *prima facie*, unos criterios de admisibilidad: La justicia no un valor opuesto al ordenamiento positivo, sino que es uno de los valores superiores de éste, y solo tiene su límite en el tenor de la Constitución. La justicia material no configura un derecho fundamental susceptible de Amparo constitucional, pero es la pauta interpretativa de los derechos fundamentales, a efectos de justificar los cambios doctrinales del Tribunal Constitucional, como exigencia del principio de seguridad jurídica. Justicia material como finalidad última de la decisión del juzgador ordinario en la interpretación de los derechos fundamentales. Justicia material como mandato al legislador, para que la norma jurídica se construya a partir de dicho principio. Ponderar jurídicamente el principio de Justicia material y de seguridad jurídica para la adecuada pervivencia de ambos.

La justicia material se ha impuesto, como criterio hermenéutico, frente a las interpretaciones rigoristas y formalistas de la norma, cuando éstas impiden

⁶⁴ «Más clara, como precedente en materia de objeción de conciencia, es la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, relativa a la condena penal de unos padres que, a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció. Ciertamente, el Tribunal Constitucional consideró que dicha condena penal supuso una violación de la libertad religiosa de los padres; lo que, al menos implícitamente, implica admitir que la libertad religiosa puede tener algún reflejo en el modo de comportarse. Pero tampoco sería fácil extraer de aquí un principio general, por varios motivos: se trata de una sentencia atinente a cuestiones específicamente religiosas, no morales en general; se trata de una sentencia aislada, que no ha tenido hasta ahora continuidad jurisprudencial; y se trata, sobre todo, de una sentencia muy ligada a las innegables exigencias de justicia material del caso concreto».

el ejercicio de un derecho fundamental (acceso a la jurisdicción, aplicación de atenuantes no invocadas por una defensa) o para atenuar los efectos de la cosa juzgada en orden a justificar recursos de revisión, en pro de obtener una resolución materialmente justa. En suma, la norma jurídica tiene como pauta de interpretación la justicia material, y deberá vencer al rigor de la norma cuando con su aplicación se infrinjan valores constitucionales. Es, pues, la justicia material un principio de interpretación del ordenamiento, y no un criterio de contraste con la norma. La interpretación constitucionalmente válida del ordenamiento es la que sea coherente con la consecución de la justicia en su aplicación, cohonestando la justicia material con el principio de seguridad jurídica.

De ello cabe afirmar que el principio de justicia material, no se opone al de seguridad jurídica, al menos desde su dimensión constitucional. La justicia complementa la seguridad jurídica, pues no puede existir la segunda sin la primera, pero también la seguridad jurídica materializa el principio de justicia, entendida como confianza en la respuesta justa del ordenamiento ante situaciones de injusticia. Es por ello que la norma materialmente injusta no se compadece con el principio de seguridad jurídica, ni es dable la confrontación entre ambos principios, sino su complementariedad.

La consideración de la Administración de Justicia como una proyección material del valor de la justicia, o justicia material al caso concreto, es la identificación del concepto de justicia con el de jurisdicción. Resulta así hábil la labor de los jueces y tribunales para la consecución de una justicia no necesariamente positivizada. Tal argumento tendría aval en cuanto a la vinculación de los jueces y tribunales, no solo por la norma dispositiva, sino también por la garantía de la tutela de los derechos y libertades que se exige en su actuación a los órganos judiciales según el art. 7, apartados 1 y 2 LOPJ⁶⁵. Así, la misión de aplicar el principio de justicia material, sólo le es dable a la jurisdicción, y no al Ejecutivo, en la medida que la consecución de la justicia como criterio interpretativo de la norma, en la aplicación al caso concreto, está en el núcleo de la misión de juzgar y ejecutar lo juzgado, y no en los criterios de oportunidad que rigen las decisiones del Ejecutivo.

⁶⁵ «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido».

4.2. *Consideraciones sobre el indulto por utilidad pública*

El reconocimiento que el legislador penal realiza sobre la injusticia que puede causar la pena en el art. 4.3 del Código Penal, admite la justicia material como criterio para la inejecución de la sentencia mediante el otorgamiento del indulto. La justicia, como aspiración en el Estado de Derecho, y constitucionalizada en el art. 1.1 CE como valor superior del ordenamiento jurídico, tiene su plasmación efectiva en el indulto, pues así se determina en la ley penal y en la Ley de indulto de 1870, donde el criterio de justicia material ha positivizado su virtualidad y alcance en el *derecho de gracia*.

No obstante, el criterio de justicia (justicia-equidad), no es el único en el cual se hace descansar la decisión sobre la concesión del indulto. El indulto por causa de su utilidad pública, igualmente contemplado en la Ley de indulto de 1870, determina otra óptica de la *gracia*, entendida como un acto de dirección política, a favor de una «utilidad pública» que puede o no, estar en consonancia con las circunstancias del sujeto y el delito cometidos y de la pena impuesta. Un indulto fundado en que, con su concesión se obtiene algo útil para el interés público, presenta unas líneas mucho más difusas que la consecución de la justicia material.

La determinación de lo «útil» implica la obtención de un beneficio, cuya dimensión escapa al terreno de la justicia y se inserta de plano en el de la conveniencia u oportunidad, valorada por el titular de la decisión de conceder el indulto, que sólo se sitúa en la órbita de su libre voluntad. Tal apreciación, en cuanto al criterio de oportunidad política, es ajeno a la consideración del indulto como remedio de la injusticia, para situarse como un instrumento de poder: «La ‘utilización política’ de la clemencia puede hacer referencia tanto a específicos móviles del poder político que quiere revalorizarse con su concesión, es decir, la clemencia en interés-propio (propio del poder político) como la clemencia en interés ajeno o en interés de la comunidad. Para algunos autores la clemencia en interés ajeno o de la comunidad debe admitirse y ‘sólo en cuanto tal debe entenderse admisible como instrumento óptimo para la adaptación del Ordenamiento a la realidad’»⁶⁶.

En la medida que el «interés público» no es un criterio objetivable, ni se sitúa en el marco de las competencias de administrar justicia que en la Consti-

⁶⁶ ZÚÑIGA URBINA, F., «Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)», *ob. cit.*, p. 279.

tución se establecen a favor del poder Judicial, tal causa escapa del ámbito de los juzgados y tribunales –por más que se intente situar en el terreno de la resocialización y reeducación–. Pero también pone de manifiesto que la justicia como valor superior del ordenamiento, no es la justificación constitucional de la *gracia* otorgada por utilidad pública, sino que es el interés político –subjetivo– del titular de la potestad el que con su sola decisión puede vencer el valor de la norma jurídica penal, y el principio de ejecutividad de las resoluciones judiciales.

Tal planteamiento, aleja al poder Judicial de la posibilidad de conocer el otorgamiento de un indulto, pues no le es dable a la jurisdicción llegar a determinar lo que es, o no es, interés público, en una concreta decisión de indulto. Es el poder Ejecutivo, en cuanto órgano de dirección política del Estado, quien ostentaría –natural y constitucionalmente– la potestad de indultar por el interés público que supone la concesión⁶⁷.

Pero ello no significa que, en una propuesta de revisión de la regulación del indulto, el interés público no pudiese positivizarse en determinadas pautas objetivas –como así lo hacen los tribunales sentenciadores en sus informes sobre concesión de indulto⁶⁸– convirtiendo la valoración de la utilidad pública

⁶⁷ «El derecho de gracia también puede cumplir una importante función en aquellos otros casos en que, sin que medien serias razones de equidad o de justificación material a favor del reo, otras consideraciones de interés general aconsejan la clemencia. Piénsese, por no poner más que ejemplos obvios, en la necesidad de asegurarse la colaboración de confidentes en organizaciones criminales, o la de suavizar conflictos en las relaciones internacionales. Esto quiere decir, aunque a algunas personas no les guste oírlo, que el derecho de gracia es un instrumento de la política y que, en cuanto tal, su ejercicio responde a valoraciones esencialmente políticas». Voto particular concurrente del Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Jiménez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013, *ob. cit.*

⁶⁸ Se reitera la cita al informe de 14 de junio de 2000, sobre el Indulto total de la pena impuesta en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, en la causa especial 2940/97 al Tribunal Supremo, en el cual afirma la existencia de un concepto aceptado de la expresión utilidad pública en el Derecho: «En el derecho penal la utilidad pública se mide en términos de la prevención del delito: prevención especial o individual y prevención general». La prevención especial es «el pronóstico de conducta del condenado en relación con la prevención de futuros delitos». La prevención general, por su parte, se refiere al carácter disuasorio y ejemplificador que es inherente a la pena. Sobre la prevención general y especial, la STC 150/1991, de 4 de julio: «Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los po-

en la aplicación de unos criterios establecidos por la norma jurídica, superando los óbices a su consideración por parte de los tribunales.

4.3. *El indulto y la amnistía: dos manifestaciones de la gracia*

Para el Tribunal Constitucional, la amnistía «es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa –en sentido amplio– que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político»⁶⁹.

La amnistía es una institución de naturaleza legislativa, manifestación tradicional de la clemencia⁷⁰. Las diferencias entre el indulto y la amnistía se encuentran en su propia naturaleza jurídica; si bien comparten la justificación en la justicia que se invoca para el ejercicio del derecho de *gracia* la naturaleza de ambas es dispar: la amnistía tiene una naturaleza legislativa que el indulto no comparte con ella. Entre ambas existe así una diferencia cualitativa⁷¹.

sibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. ni, desde luego, de entre los posibles –prevención general; prevención especial; retribución, inserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la inserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad» (Fundamento Jurídico 4º).

⁶⁹ STC 147/1986, de 25 de noviembre de 1986

⁷⁰ No faltan las voces críticas respecto a la inclusión de la amnistía dentro del contenido del *derecho de gracia* que ampara la Constitución. La no mención expresa de tal institución en el art. 62 CE y la configuración legal del *derecho de gracia* exclusivamente determinado por el indulto particular, unido a la posible confusión conceptual entre «indulto general» y «amnistía», al tratar de destinatarios determinables en ambos casos, no expresamente determinados e individualizados, determinarían tal exclusión. Así, para GARCÍA MAHAMUT «Si el Derecho de Gracia corresponde, por mandato constitucional, al Jefe del Estado, quien deberá ejercerlo de acuerdo con la ley y que ésta no podrá autorizar indultos generales, parece no dejar margen a la duda el que la amnistía en el marco constitucional de la prerrogativa de gracia se halla constitucionalmente proscrita si atendemos a los elementos que han definido los indultos generales». GARCÍA MAHAMUT, R., «El indulto. Un análisis jurídico constitucional», Marcial Pons. Madrid, 2004, p. 84

⁷¹ «Así, las dos modalidades del indulto serían sendas especies del género gracia. Cabe la duda, sin embargo, de si a ellas debe también sumarse la amnistía, pues es común, tanto en nuestro Derecho histórico como en el comparado, que la amnistía se cuente entre los instrumentos jurídicos del perdón». REQUEJO PAGÉS, J. L., «Amnistía e Indulto en el constitucionalismo histórico español», ob. cit., p. 1.

La amnistía, como acto del Legislativo, supone la génesis de una norma con rango de ley, emanada del Parlamento, cuyo contenido es la derogación transitoria de la ley penal, desplegando sus efectos sobre los supuestos de hecho que constituían el tipo penal que es derogado con la ley de amnistía. La amnistía es por tanto una ley que, al amparo de la previsión del art. 9.3 CE, tiene efectos retroactivos pues es una disposición sancionadora favorable. Su efecto determina la despenalización transitoria de algunos tipos penales, y con ella, el delito deja de existir. La amnistía afecta así a la norma penal y no a sus efectos en la condena –frente al indulto, que supone la inejecución de la pena– por lo que un acto del Legislativo está modificando a otro previo, de forma transitoria.

La existencia de la amnistía no supone una alteración del sistema de división de poderes del Estado. Es el mismo poder Legislativo el que, por medio de una ley parlamentaria –expresión del principio democrático y representativo– determina un nuevo status respecto a los actos que, bajo el imperio de la ley que transitoriamente deroga, eran constitutivos de delito. Tales actos dejan de ser típicos, por lo que no pueden ser perseguibles, ni objeto de condena; y si ya lo han sido deben ser revisados determinando la imposibilidad de la ejecución de una sentencia condenatoria, pues lo que era delito, ha dejado de serlo.

El concepto de justicia material está ínsito en el ejercicio de la amnistía, pues su cuyo sentido es, en palabras de CARL SCHMITT, «un acto mutuo de olvidar. No es ni un indulto ni una limosna. Quien acepta la amnistía también tiene que darla, y quien concede amnistía tiene que saber que también la recibe Si nos falta la fuerza y la gracia del olvidar mutuo, debíamos conservar, por lo menos, el recuerdo de un resto de derecho sagrado, para que el último remedio, la capacidad de olvidar mutua, no se pierda por completo»⁷².

⁷² «Hoy día se habla mucho de amnistía. Se cree que amnistía significa que el Estado deja de perseguir una gran cantidad de acciones o delitos. Así, la amnistía se convierte en un indulto colectivo o en una abolición colectiva, es decir, abolición del procedimiento penal y judicial. Las descargas que implica la amnistía son, sobre todo, descargas del aparato de persecución estatal. Naturalmente estas descargas tienen también su ventaja para el interesado, no hay que olvidarse. Sin embargo, no estaría de más recordar el carácter esencial de la amnistía: la amnistía es una de las formas primordiales de la Historia del Derecho. No olvidemos que se trata aquí de algo imprescindible, que es, al mismo tiempo, algo increíblemente difícil. Una amnistía en el sentido verdadero y auténtico de la palabra significa nada menos que la terminación de la guerra civil.

La amnistía es, por ello, la manifestación del poder político sobre la *gracia*, y se ejerce sobre la norma penal, en ejercicio de la función legislativa que le compete al Parlamento. La amnistía es expresión del principio de legalidad penal, no una excepción del principio. El carácter derogatorio de la amnistía respecto a la ley penal tiene plena cobertura en la naturaleza legislativa de la amnistía. El Parlamento crea la norma penal y la excepciona. Es así como el poder político aplica el criterio de justicia en el ejercicio de la *gracia*. Es así como el poder político ejerce la *gracia*.

La amnistía tiene como objeto la extinción de la responsabilidad penal, al igual que el indulto. Igualmente supone la renuncia del Estado a su capacidad punitiva, fundada en el perdón. La amnistía deroga la norma, y el indulto, suprime sus efectos punitivos en el caso concreto. Ambos son expresión de justicia material. La amnistía es ejercida por el poder político, en ejercicio de las funciones legislativas que la Constitución le irroga. El indulto, en la actualidad, y por mor de la Ley de 1870, es también ejercida por el poder político. Sin embargo, tal ejercicio, por el poder Ejecutivo, supone una injerencia a la misión del poder Judicial, encargado de cumplir las sentencias firmes, por el indulto dispensa de tal cumplimiento, en situaciones concretas, a individuos determinados, excepcionando la misión jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado.

No es fácil terminar una guerra civil. En la actualidad parece casi imposible. Los hombres apenas son capaces de terminar sus guerras interestatales y de encontrar un camino hacia la paz interestatal. Entonces, ¿cómo van a encontrar un camino hacia la paz en el interior del Estado, que termine la guerra civil? Forma parte de la guerra civil que cada bando trate al otro como criminal, asesino y saboteador. En la guerra civil, el vencedor de turno está sentado encima de su derecho como encima de un botín. Se venga en nombre del derecho. ¿Cómo es posible romper el círculo vicioso de este mortífero tener razón? ¿Cómo puede terminar la guerra civil?

La respuesta está en nuestra capacidad para la amnistía. Mejor dicho, en nuestra fuerza para una auténtica amnistía. Si no entendemos por amnistía nada más que una limosna miserable, que permite al desposeído de sus derechos un paseo por el patio de la prisión, sería mejor no seguir hablando, para no falsificar un gran concepto. No es tan fácil terminar una guerra civil. Después de falsificar tantas palabras, ideas e instituciones, debíamos por lo menos tener cuidado de no envenenar la palabra clave de la paz. La amnistía es un acto mutuo de olvidar. No es ni un indulto ni una limosna. Quien acepta la amnistía también tiene que darla, y quien concede amnistía tiene que saber que también la recibe. Si nos falta la fuerza y la gracia del olvidar mutuo, debíamos conservar, por lo menos, el recuerdo de un resto de derecho sagrado, para que el último remedio, la capacidad de olvidar mutua, no se pierda por completo. ¿Quién nos dará la fuerza y quién nos enseñará el arte del buen olvidar?» SCHMITT, C., «Amnistía es la fuerza de olvidar», artículo original escrito en 1945, publicado en el *El País*, el 21 de enero de 1977

5. EL INDULTO COMO FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL

El indulto determina la inejecución de la pena ordenada por la norma penal, impuesta en sentencia firme. Supone que el contenido dispositivo de la resolución dictada por un órgano jurisdiccional deja de ejecutarse. La decisión judicial definitiva es la recta aplicación de la norma penal a unos hechos que constituyen ilícito, cuya consecuencia es la imposición de una pena. Y la pena que no se cumple no resulta ser la consecuencia deseada por la norma penal, sino que determina la alteración del núcleo esencial de la norma y del propio sistema punitivo.

El *derecho de gracia* no solo exime del cumplimiento de la pena, sino que también resta toda virtualidad a la misión de juzgar dejándola vacía de eficacia. La función jurisdiccional de *juzgar* es elemento esencial del cumplimiento de la misión constitucional encomendada a los jueces y tribunales, pierde todo su contenido con el ejercicio de la *gracia*. Y con mayor intensidad se manifiesta tal incidencia respecto al mandato de *hacer ejecutar lo juzgado*, del art. 117.3 CE, pues el *derecho de gracia* impide que los Juzgados y Tribunales ejecuten lo resuelto en sentencia, lo juzgado.

Del textual del artículo 118 de la Constitución «*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*», se desprende que la ejecución de las resoluciones judiciales no determina únicamente la misión del poder Judicial, sino también se traslada como obligación inexcusable respecto a «todos». El sometimiento de los poderes públicos y los ciudadanos al cumplimiento de las resoluciones judiciales tiene su quiebra en la excepción de tal cumplimiento por el ejercicio del *derecho de gracia*.

En definitiva: con el ejercicio del *derecho de gracia* un poder diferente al Judicial, obligado a cumplir las sentencias firmes, tiene la facultad de dispensar de tal cumplimiento, en situaciones concretas, a individuos determinados y de excepcionar la misión de hacer ejecutar lo juzgado. Y tal injerencia, no puede ser determinada por una ley, sino que es ámbito propio y exclusivo del constituyente.

Una ley no puede vulnerar el principio de división de poderes, pues es una parte esencial del Estado de Derecho. El constituyente, cuando en el art. 1.1 proclama que «España se constituye como un Estado social y Democrático de Derecho», está asumiendo la construcción fundamental del Estado de Derecho asentado en la división de los poderes como uno de sus principios vertebradores. La parte orgánica de la Constitución se configura desde la atribución de funciones y competencias a los órganos y poderes del Estado, determinando los mecanismos de mutuo control y compensación.

Y sólo el constituyente puede alterar la atribución de competencias a los poderes del Estado. La necesidad de una concreción sobre el órgano con facultades materiales para la concesión de un indulto –que se advierte en el silencio del constituyente sobre la titularidad concreta de la citada potestad en su art. 62.i) CE–, no puede solventarse mediante la ley, por lo que la configuración legal del ejercicio del *derecho de gracia* deberá estar sometida inexorablemente, al reparto de competencias y funciones que la Constitución prevé, sin posibilidad alguna de alterarlo so pena de incurrir en inconstitucionalidad manifiesta.

Desde tal razonamiento, la Ley de indulto de 1870, en cuanto establece que es el Ejecutivo el poder que ostenta la potestad sobre la decisión de conceder o denegar el indulto está vulnerando, sin habilitación superior en la Constitución, el reparto competencial establecido en ésta respecto a las funciones del poder Judicial, previstas en el art. 117 CE. Pero no porque la Constitución prevea que el poder Judicial tenga atribuida la función material de indultar –pues no existe previsión constitucional en tal sentido– sino porque con la asignación al Ejecutivo de tal potestad se está afectando en la esfera de las funciones constitucionales esenciales del poder Judicial.

El Tribunal Constitucional ha determinado la prohibición absoluta a los poderes constituidos de que alteren las previsiones del constituyente en vía interpretativa por cuanto «los poderes constituidos no pueden ocupar el lugar que corresponde al poder constituyente y, consecuentemente, establecer la interpretación del alcance que pueden tener los preceptos constitucionales, de manera que el legislador ordinario no puede ejercer una función constituyente interpretando en un sentido determinado, entre varios posibles, dichos preceptos de la Constitución»⁷³.

Podría argumentarse que en la naturaleza del indulto se encuentra tal injerencia en el poder Judicial. Y es cierto, pues el *derecho de gracia*, en su esencia, tiene ínsita tal afección a las funciones del poder Judicial, y sólo es comprensible desde la afección. Si el *derecho de gracia* existe, y la Constitución no deja duda al efecto, éste se proyecta en las funciones del poder Judicial, al impedir su ejercicio. Pero y siendo así, no se puede trasladar al ámbito de la naturaleza del *derecho de gracia* que sea el poder Ejecutivo el que residencie la potestad, por lo que en la medida de que pudiese ser el propio poder Judicial el que la ejerciese, se evitaría la injerencia.

⁷³ STC 247/2007, de 12 de diciembre

La Constitución no determina que sea el poder Ejecutivo el que deba ejercer la potestad material del *derecho de gracia*. Existen razones que justifican la atribución pero no derivan, expresamente, de una previsión constitucional⁷⁴. Antes al contrario, de la Constitución se desprenden las funciones del poder Judicial, sin que exista habilitación constitucional, al poder Ejecutivo, para que pudiera transgredirlas o invadirlas. El impedimento, por tanto, no se encuentra en la norma que atribuye al Ejecutivo la potestad de indultar, sino en la propia configuración de las competencias de los poderes del Estado en la Constitución que, a falta de previsión que habilite al Ejecutivo para la injerencia, no puede ésta legitimarse mediante norma con rango de ley.

Por tanto, la cuestión a determinar es si el indulto podría residenciarse en un poder diferente al poder Ejecutivo, particularmente en el poder Judicial a efecto de superar la disfunción constitucional que éste supone en las funciones encomendadas en el art. 117 CE⁷⁵.

⁷⁴ «La otra consideración de alcance general es que, si bien la aún hoy vigente Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 atribuye materialmente la decisión de indultar –o de no hacerlo– al Consejo de Ministros, la Constitución no configura el derecho de gracia como una potestad gubernamental. Como hija de su tiempo, la Ley de Indulto refleja la concepción tradicional del derecho de gracia como algo de índole ejecutiva. Pero la Constitución no dice que el derecho de gracia deba corresponder necesaria e íntegramente al Poder Ejecutivo, esto es, al Gobierno. No hay que infravalorar que el derecho de gracia esté regulado no en el Título IV relativo al Gobierno, sino en el Título II relativo a la Corona. Ciertamente, cuando el apartado i) del art. 62 CE encomienda al Rey ‘ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales’, nadie entiende que la decisión material de indultar o no indultar corresponda a la monarca, pues ello resultaría incompatible con la idea misma de monarquía parlamentaria. Pero del mencionado precepto constitucional se desprenden dos relevantes consecuencias: por un lado, debe existir una regulación legal del derecho de gracia, de manera que el Gobierno no tendría una potestad de indultar si no existiese una ley reguladora de las formas y los límites a que debe ajustarse el indulto; y, por otro lado, la Constitución no sería obstáculo a una regulación legal del indulto notablemente distinta de la actual, en la que el papel del Gobierno en la decisión se viera más constreñido». Voto particular concurrente del Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Jiménez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013

⁷⁵ «Nada impediría, por ejemplo, que la ley exigiera la previa autorización parlamentaria para otorgar determinados indultos. Esta última observación es sumamente importante en esta sede, porque sirve para enmarcar en sus justos términos la idea –por lo demás, tal como queda dicho, esencialmente correcta– de que el indulto es un ‘acto político’: aun siendo un acto político, no pertenece al círculo de los actos que la Constitución diseña como esencialmente gubernamentales y, por tanto, los límites que la ley –o esta Sala, interpretando rectamente la ley– le imponga no pueden ser vistos como inaceptables intromisiones en la esfera constitucionalmente garantizada de atribuciones del Gobierno». Voto particular concurrente del Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Jiménez, en Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 20 de noviembre de 2013

La injerencia que el indulto, residenciado en el poder Ejecutivo, provoca en las funciones del poder Judicial que constitucionalizan los arts. 117 y 118 CE requiere de una nueva atribución de tal potestad que se cohoneste con el principio de división de poderes y su determinación en la Constitución: El indulto debe ser una potestad del poder Judicial y, por tanto, una nueva ley del indulto tiene que establecer tal potestad en los órganos jurisdiccionales.

La determinación competencial a favor del Ejecutivo respecto al ejercicio del *derecho de gracia* no parece tener una justificación en la naturaleza misma de la *gracia* –pues es un acto de soberanía del Estado–, sino en la misión ejecutiva que se irroga al Gobierno, respecto a las decisiones de Estado. No obstante, tal atribución no determina un elemento que se presuponga de una intangibilidad manifiesta en cuanto a la esencia de la *gracia*, como para considerarla inherente a ésta.

No existe óbice constitucional para tal atribución por ley. En realidad, el obstáculo constitucional está precisamente en la atribución al Ejecutivo en virtud de la Ley de 1870. El indulto deberá por ello situarse dentro de la esfera de funciones del poder Judicial, en cumplimiento de la misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ello conduce a que el indulto debe pasar a ser parte de la función de administrar justicia, según proclama el art. 117.1 CE.

Para ello el otorgamiento del indulto deberá configurarse como parte del procedimiento judicial donde el órgano jurisdiccional competente pueda efectuar una valoración jurídica de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto a efectos de determinar la procedencia de conceder o denegar el indulto. Siendo así el juicio del órgano jurisdiccional estará en la esfera de las atribuciones del poder Judicial, en cuanto juzga sobre pautas previamente determinadas por la ley –la reguladora del ejercicio del indulto– y resuelve conforme al derecho aplicable. Y podrá cumplir el mandato de hacer ejecutar lo juzgado, en la medida que la resolución del indulto es título judicial susceptible de ser ejecutado.

Por otra parte, los criterios para concesión del indulto –justicia, equidad y utilidad pública–, los cuales se configuran como elementos nucleares de la institución –en la vigente regulación en Ley de 1870– no conforman un ámbito de valoración indisponible para los órganos jurisdiccionales. La propia norma penal en su art. 4.3 residencia en el juzgado o tribunal sentenciador, la apreciación de la injusticia material resultante de la aplicación de la norma penal al supuesto concreto, que ordena un juicio de contraste entre las disposiciones de la ley penal y la acción concreta, que puede llevar al juzgador a concluir la injusticia de la pena respecto a la concreta situación en que se debe

aplicar la norma atendidos «el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

Igualmente, la consideración de la justicia y la equidad en la aplicación del derecho positivo –incluso desplazándolo– por los órganos judiciales, ha sido admitida por los Tribunales Supremo y Constitucional, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, permitiendo la resolución de los asuntos sometidos a heterotutela desde la orientación de la justicia, en su sentido material, en sede del art. 1.1 CE.

Los órganos jurisdiccionales han consolidado unos criterios para que la concreción de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública, no se determinen como meros postulados subjetivos, sino que se sometan a la objetivación de sus elementos fundamentales. Por ello, los órganos judiciales tienen competencia para la consideración de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública, y su concreción al caso concreto.

La alteración de la reserva funcional que el constituyente determinó de forma expresa para el poder Judicial (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado); Su trascendencia constitucional sobre el contenido obligatorio expreso del art. 118 CE, sobre el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y la sustracción al concepto finalista de la pena impuesta del art. 25.2 CE; La incidencia en los contenidos del Título Preliminar de la Constitución –imperio de la ley, art. 1 CE, principio de legalidad del art. 9.3, y su configuración penal del art. 25.1, principio de seguridad jurídica–; en definitiva, la afección a elementos esenciales del Estado de Derecho, pueden ser, en algunos casos, evitados, y, en otros, minorados, con la atribución del ejercicio del indulto al poder Judicial.

6. CONCLUSIONES

El indulto es una disfunción del sistema constitucional, que afecta a los principios básicos del Estado de Derecho. Incide explícitamente en unos mandatos constitucionales que conforman el esquema fundamental del modelo de Estado y que son elemento nuclear del mismo: el imperio de la ley –ínsito en el Estado social y democrático de Derecho ex art. 1 CE– principio de legalidad del art. 9.3 –en su específica configuración penal del art. 25.1– y en el principio de seguridad jurídica, del mismo precepto constitucional. Pero también en los derechos fundamentales: el núcleo esencial de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y la sustracción al concepto finalista de la pena impuesta en

sentencia del art. 25.2 CE. El indulto es, esencialmente, excepcional, pues en su naturaleza tiene implícita unas disfunciones constitucionales que sólo cabe admitirlas a través de su constitucionalización –art. 62.i) CE–. La *gracia* del indulto es una excepción constitucional.

La justicia material justifica el indulto en contraposición con la norma penal cuando ésta genera situaciones de injusticia material. Además, la aplicación de la justicia material no es un terreno que esté vedado a los órganos jurisdiccionales –como hemos expuesto–, sino que se determina como criterio hermenéutico. Y, siendo así, no existiría problema alguno en que los juzgados y tribunales aplicasen tal criterio para la concesión del indulto.

Y si son los órganos jurisdiccionales los que tienen la misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y de administrar justicia, tal misión no parece que sea incompatible con la aplicación de criterios de justicia y equidad para la asunción, por éstos, de la facultad de otorgar el indulto. Puesto que la concreción de la justicia al caso concreto –aun contra el tenor de la norma penal– ya se encuentra en el propio art. 4.3 del Código Penal, y la jurisprudencia considera admisible que los juzgados y tribunales, en su misión jurisdiccional, apliquen la justicia material en la resolución del asunto concreto –desde el valor de la justicia del art. 1.1. CE–, nada obsta a que sea el poder Judicial quien ejerza la potestad material para la concesión del indulto.

O incluso cabría plantear la innecesidad de la existencia del *derecho de gracia* como indulto particular, en la medida que el tribunal que ha conocido el procedimiento penal y ha determinado la condena, podría tomar en consideración las razones de justicia material que le llevasen a resolver, en la propia sentencia o abiertos los trámites de ejecución, la inejecución de la misma por razones de justicia y equidad que considere que pudiesen concurrir en el caso concreto, sin necesidad de esperar la tramitación del indulto.

Tal posibilidad supone el riesgo de abrir una vía sin retorno en cuanto al alejamiento del derecho positivo por parte de los órganos judiciales si la justicia material se presenta como una opción ordinaria y recurrente en la función jurisdiccional *versus* la norma jurídica y se enfrentaría, de plano, con la sumisión a la ley y al derecho que constitucionalmente le viene impuesta a los juzgados y tribunales –que es el paradigma de su naturaleza–.

Sin embargo, la excepcionalidad de la prerrogativa implicaría también a la excepcionalidad de su aplicación. Y si bien la institución de la *gracia* es un elemento necesario en el orden constitucional –que advierte de la imposibilidad de supresión por ser voluntad del constituyente–, éste se puede configurar desde unas pautas diferentes a las que actualmente lo concretan; principal-

mente, a través de su ejercicio por el poder Judicial, por lo que, avanzando unas primeras conclusiones, la nueva regulación del *derecho de gracia* podría pasar por:

1. Residenciar la potestad material de otorgar o denegar el indulto en el poder Judicial: bien en el mismo tribunal sentenciador o bien en otro órgano judicial especializado.

2. Objetivizar todos los elementos que deberán determinar la concesión del indulto y positivizarlos en la ley reguladora de su ejercicio: tanto los requisitos que puedan determinar la concurrencia de justicia y equidad como los que configuren la aplicación del criterio de utilidad pública.

La positivización de estos requisitos, determinaría que esa excepción de los principios constitucionales que determina el indulto –y habilitada por el constituyente–, se fundaría en la justicia material que permite el encaje del indulto en el Estado de Derecho, pero normativizada, a fin de evitar disfunciones de los principios de igualdad, seguridad jurídica, legalidad, imperio de la ley e interdicción de la arbitrariedad. Y permitiría también su control jurisdiccional.