

En la parte final de su trabajo propondrá el prof. Artemi Rallo, como alternativa a los dilemas que las Administraciones independientes suscitan —y a modo de sugerente desenlace de la obra, aunque de plasmación práctica poco imaginable—, la «constitucionalización» expresa y específica de las mismas, no en vano lo considera como el único instrumento válido superador de todos aquéllos.

Señalará de este modo que proceder al «reconocimiento de un expreso anclaje constitucional alejaría cualquier duda en torno a la capacidad del legislador para configurarlos» así como sobre su «ubicación en el ordenamiento constitucional», hecho que le aportaría legitimidad suficiente a su existencia, y «autoridad y estabilidad» en orden a proceder al «cumplimiento de los fines que las justifican».

El convencimiento de la dificultad inmediata de su plasmación, derivado de lo que configura como miedo escénico a activar el procedimiento de reforma constitucional, dato que se uniría a la inexistencia de demanda social respecto de la constitucionalización de estas Administraciones, no desanima de la propuesta al autor.

Construirá ésta sobre la consideración de que los modelos comparados (escasos) de constitucionalización de Administraciones independientes —que se habrían centrado hasta la fecha esencial-

mente en el ámbito de las Bancas centrales y la libertad de comunicación, o en la genérica habilitación expresa de la posibilidad de creación mediante ley de Administraciones independientes (recordemos que ese fue el caso de Portugal tras la reforma constitucional de septiembre de 1997 sin ulteriores precisiones que ajustaran esa habilitación legal en blanco)—, así como algunos intentos reguladores frustrados que el autor aborda, deben convertirse indefectiblemente en «obligado horizonte» (que no límite) al que encaminar los pasos en este específico ámbito, y claro elemento inspirador de dicha tarea.

En todo caso, y a su juicio, dicha constitucionalización no debería ser, por razones obvias, tanto de las diferentes Administraciones independientes particularizadas (a las que augura un incremento continuo de su número y una evolución constante) como del «marco» en el que se dispusieran las reglas o pautas básicas que permitieran su «perfecta ubicación constitucional» (una mera habilitación legal en blanco como la apuntada supra no sería, pues, adecuada ni suficiente); a estos efectos, y para cerrar el discurso, se servirá de la experiencia italiana en la materia presentando con claridad sus muy diversas propuestas.

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

C. AGUADO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, 2001

No puede negarse que el libro del que nos ocupamos era absolutamente necesario y que, aunque no motivado por ello, recientes acontecimientos han puesto de manifiesto la importancia y los múltiples problemas que el ejercicio de la potestad de gracia plantea en nuestro propio ordenamiento jurídico. La escasa aten-

ción prestada por la doctrina penal hacia la potestad de gracia, por muy diversas razones —no siendo la menos importante su admisibilidad en un Estado constitucional de Derecho—, hacían que quizá un constitucionalista fuese quien mejor podía abordar esa compatibilidad de la gracia con las actuales concepciones del Estado.

Nos encontramos ante un profundo y valiosísimo estudio de cómo puede y debe comprenderse la gracia en un Estado constitucional de Derecho como el nuestro. El libro que comentamos resulta sumamente sugestivo y provoca fácilmente la reflexión del lector sobre muy diversas cuestiones, tanto en lo que tiene que ver con las propuestas del autor que, lo adelantamos ya, nos parecen totalmente asumibles en su mayor parte, como con observaciones más generales, tal y como vamos a intentar reseñar en lo que sigue.

Uno de los principales objetivos de esta monografía, si no el principal, es conseguir una mayor «objetivación» del ejercicio de la gracia en sus diversas formas, que se refleja tanto en propuestas *de lege ferenda* como en las interpretaciones de la diversa normativa reguladora de esta materia, buscando que esta institución, de existencia inmemorial y totalmente generalizada en el Derecho comparado, se adecue a los tiempos en los que vivimos y, especialmente, a lo que es (o debe ser) hoy día un Estado constitucional.

Antes de exponer y comentar las cuestiones concretas que examina Aguado, creemos necesario hacer referencia a una serie de elementos generales que, en el fondo, son imprescindibles para comprender la monografía.

Por una parte queremos mencionar los siguientes límites del objeto de estudio: como puede suponerse, referente fundamental es la adopción de una perspectiva constitucional, sin cuestionar el fundamento y existencia de la institución, ni examinar los argumentos a favor y en contra de su existencia; debe tenerse presente, de igual modo, que el estudio se realiza desde una «perspectiva subjetiva» más que «objetiva» (pp. 46-47), o, dicho de otro modo, se atiende más al sujeto del perdón (concedente o beneficiario), que a los motivos o razones de

su concesión y a las causas y efectos para el sistema sociopolítico; por último, pese a que no faltan referencias a otras formas de ejercicio de la gracia, como son la amnistía y el indulto general —prohibido actualmente en nuestro ordenamiento—, objeto preferente de atención, por ser el más utilizado en nuestro sistema, es el indulto particular en materia penal.

Por otra parte, nos parece obligado mencionar, también de forma muy escueta, los presupuestos que sirven de base y de guía al autor, por las consecuencias e implicaciones que los mismos tienen:

1. Elemento fundamental es que nos encontramos en un Estado constitucional de Derecho. La importancia de este presupuesto apenas puede ser mayor: así, como señala con razón Aguado, resulta dudoso que puedan analizarse las diversas figuras de la gracia al margen del concreto sistema jurídico o, incluso, jurídico-político en el que están insertas; igualmente, los cambios experimentados con el transcurso del tiempo y la propia situación actual son los que vuelven problemática hoy la institución —y, de hecho, lo que se encuentra detrás de la crítica de los penalistas a la misma, especialmente cuando se ejerce en sus formas generales (amnistía e indulto general), pues, normalmente, el indulto particular no plantea excesivos problemas de aceptación por la doctrina penalista—. Por decirlo con palabras del propio autor: el objeto del estudio viene determinado por el hecho de si la gracia puede mantenerse en su comprensión tradicional, o mejor, no es la gracia la que resulta problemática, sino si tiene el mismo sentido que tenía antes, «en particular antes de que el Estado fuera *realmente* de Derecho, y antes de que la división de poderes fuera también *real*» (p. 49, cursiva en el original).

Tener presente que nuestro Estado no es sólo un Estado de Derecho, sino Constitucional de Derecho tiene, entre otras, las siguientes consecuencias —muy relacionadas entre sí—: las actuales constituciones declaran ciertos valores y principios de necesaria observancia y son verdaderos textos normativos, invocables ante los Tribunales; precisamente este carácter de los textos constitucionales y, por tanto, el Estado Constitucional de Derecho, convierte en una cuestión de la máxima relevancia el control del ejercicio del poder, pues, *a priori*, en un Estado de esta clase difícilmente se pueden concebir parcelas de poder libres de todo control. De aquí que el control del ejercicio de la potestad de gracia sea «el» problema fundamental de la monografía.

Como muestra de la importancia de estos elementos generales podemos señalar que, partiendo de los mismos —difícilmente discutibles—, Aguado pone de manifiesto que la explicación tradicional de la gracia —renuncia al *ius puniendi* por parte del Estado— «no sirve por sí sola para explicar la razón de la misma». La modificación de las condiciones de legitimación del Estado conlleva que de la legitimidad para imponer penas no se desprenda la contraria, la legitimidad para exonerar de las mismas, pues, como expone impecablemente, frente al *ius* del Estado hay un *ius* de los ciudadanos a que el Derecho se cumpla y las normas se observen. Verdaderamente destacable resulta que no estamos ante un *ius* abstracto, sino ante aquél en el que encuentran su fundamento la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, sobre todo, la seguridad jurídica —art. 9. 3 CE—, que otorgan la fe imprescindible a quienes son el Estado para confiar en él, o, con otras palabras, se trata de «los principios imprescindibles para que los ciudadanos confíen en “su” Estado» (pp. 49 y ss., 255).

Si se acepta lo acabado de exponer —y creemos que es prácticamente imposible no hacerlo—, nos encontramos con otra consecuencia de gran relevancia: la existencia de la gracia es puramente positiva. Existe porque y en la medida en que la prevé la Constitución, con independencia de otros argumentos metajurídicos que pudieran avalar o quitar argumentos a su previsión constitucional.

2. Otro presupuesto que no puede perderse de vista es el carácter singular de la institución: tanto en su vertiente de interferencia de un poder en las labores de otro, como en el hecho de que el ejercicio de la gracia suponga un acto que integra la actuación de los distintos poderes —dado que intervienen los tres poderes del Estado, por supuesto en mayor o menor medida y con mayor o menor importancia—, junto a la del Rey. Se trata de un acto de integración y, por tanto, un acto jurídico notablemente significativo.

También aquí resulta fundamental su previsión constitucional, que permite salvar la interferencia que se produce con el poder judicial, pues «difícilmente hubiera podido admitirse la gracia, con sus importantes efectos, impuesta tan sólo por el legislador en un sistema de división de poderes y funciones establecido por una verdadera Constitución normativa» (p. 63). De todos modos, la previsión constitucional no borra su carácter de excepción, de modo que la suspensión del *ius puniendi* estatal debe considerarse excepcional, sin que pueda entenderse como una posibilidad habitual —no ahorra Aguado acertadas críticas a la utilización que se hace en nuestro país de esta institución—.

Este carácter excepcional tiene otros dos aspectos que queremos destacar —evidentemente por su relevancia en otras cuestiones—: por un lado, que la gracia no es inherente a la impartición de justicia, de modo que esta última debiese conce-

birse «desde» o «con» la posibilidad del derecho de gracia; de su propia esencia se deduce que es algo ajeno a la administración de justicia, que incide en la misma cuando se ejercita, pero no desde su mismo plano sino desde otro completamente distinto (p. 68). Por otro lado, de acuerdo con Rubio Llorente, que «hay que interpretar de manera muy restrictiva las normas que autorizan y regulan el ejercicio de este derecho» (pp. 52-53).

Por último, existen otras dos cuestiones que no podemos olvidar: por un lado, la heterogeneidad de las causas de gracia, distinguiendo entre las que miran la institución desde el punto de vista del sistema jurídico-político [por ejemplo, las que buscan la reconciliación nacional y la convivencia solidaria y pacífica, razones de «política-criminal» —válvula de escape, evitando tensiones sociales e incluso políticas que podrían resultar muy difíciles de soportar, cuando no llegar a ser intolerables (supuestos de aborto, insu-misión), pero también razones de mera eficacia (terrorismo)—] y las que destacan desde el punto de vista de los posibles beneficiarios (donde alude a su carácter de instrumento corrector de errores judiciales, del mal funcionamiento de la Administración de Justicia, en el sentido, sobre todo, del retraso en su impartición, de equidad en la aplicación de medidas desproporcionadas para los supuestos concretos de que se trate o de lo que considera que puede denominarse la patología de la independencia judicial, que se refiere a que supuestos de hecho sustancialmente iguales pueden acabar en resultados radicalmente diferentes, aludiendo finalmente a su carácter de reinserción de sujetos probadamente redimidos). Por otro, la ausencia de una definición constitucional o legal de la gracia, de modo que lo normal es referirse a sus efectos, relacionados, ciertamente, con la tipología y la concepción propiamente dicha de la misma, pero no con su

naturaleza jurídica, con su carácter. La razón se encuentra para Aguado en el alto carácter intuitivo de la misma noción de gracia, que haría innecesario definirla y que explicita, formalmente, como sigue: *gracia es la potestad de un órgano en cuya virtud puede beneficiar discrecionalmente a los individuos respecto de las consecuencias desfavorables que les acarrea la aplicación de normas jurídicas* (p. 44). Destaca así la nota probablemente más importante de la institución —tanto en general como en su estudio en particular—, la discrecionalidad, la ausencia de obligación de concederla.

No vamos a profundizar en este aspecto, pero baste señalar que constituye, en su opinión, la nota que diferencia precisamente esta institución de los «sustitutivos penales», cuya aplicación puede dar lugar a parecidos o incluso iguales resultados (p. 44). En nuestro modesto entender, debería matizarse algo más este aspecto, pues si bien es indudable la diferencia entre el indulto y los «sustitutivos penales», tampoco estos últimos son, generalmente, de aplicación automática, en el sentido de que deban concederse si concurren los requisitos que señala el Código penal de 1955, dado que, aunque éste no lo indique, hay que tener en cuenta, prácticamente siempre, otros factores que, como tales, no vienen mencionados en el mismo, lo que permite a nuestra doctrina penal señalar la discrecionalidad presente en la concesión de los mismos.

De los múltiples problemas estudiados son los siguientes los que consideramos especialmente relevantes, probablemente por la perspectiva (penal) del que esto escribe.

## 1. LAS FORMAS DE LA GRACIA

En este punto el principal problema radica en la admisibilidad o no de la

amnistía, dado el silencio constitucional. Para Aguado, esta falta de referencia constitucional no supone obstáculo alguno a su admisión, aludiendo tanto a las fechas de redacción del texto constitucional y la «innecesariedad sobreentendida de su constitucionalización» como a que la amnistía debe ser concedida por el legislador ordinario en cada ocasión —admitida constitucionalmente—.

Además de la argumentación histórica —la atribución de la amnistía al Parlamento y del indulto al Ejecutivo en los regímenes que han tenido la voluntad institucional de diferenciarse como poder frente al ejecutivo—, señala que así lo demanda la propia naturaleza del objeto de la amnistía: la voluntad del representante soberano —el Parlamento en los Estados democráticos— de que ciertas acciones delictivas sean perdonadas y sus efectos anulados. Nos encontraríamos, en el fondo, ante una expresión del principio general del Estado de Derecho de que Gobierno y Administración están sometidos a la ley y al Derecho, mientras que el legislador «sólo» lo está a la Constitución: la libertad de configuración de que goza supone que no debe contradecir el texto constitucional, pero no que deba obrar del modo más conforme con el mismo.

El problema, que ha dividido y divide a nuestros juristas, sigue sin estar resuelto. El propio Aragón Reyes señala en el prólogo sus dudas sobre la solución de Aguado, aludiendo a que la reserva de jurisdicción creada por la CE llevaría a que la misma hubiese debido admitir expresamente la amnistía. A favor de este planteamiento encontraríamos también el carácter excepcional de la gracia que, no olvidemos, admite el propio Aguado, pero no es menos cierto que la escueta previsión constitucional tampoco cierra las puertas a un posible ejercicio por el Rey del derecho de gracia de acuerdo con la propia ley que

estableciese la amnistía. La falta de definición constitucional de la gracia, al no señalar las formas que puede adoptar ese «derecho», qué duda cabe, contribuye en gran medida al problema.

Dejando aparte las posibles dudas sobre la admisibilidad o no, sí que nos parece de sumo interés reseñar que, exigida ley formal y rechazados por tanto el Decreto Legislativo y el Decreto-Ley, Aguado defiende que bastaría una ley ordinaria, sin tener que acudir a la ley orgánica. Las razones, que nos parecen convincentes, son las siguientes: en primer lugar, la regulación de la amnistía no se referiría a un elemento que configurase el derecho a libertad —de modo impecable, rechaza, con razón, que el indulto pueda comprenderse como derecho o expectativa o, de modo más general, como cualquier otro título que obligue al poder que tiene en su mano la concesión no ya a impartir el beneficio, sino siquiera a considerarlo para, en su caso, verse obligado a motivar su denegación—, de forma que jamás podría considerarse el texto normativo como desarrollo de dicho derecho fundamental; en segundo lugar, la interpretación restrictiva de lo que deba regularse por ley orgánica.

Admitida la amnistía, resulta absolutamente necesario diferenciarla de otras formas de gracia, pues, desde una perspectiva dogmática, las diversas formas de la gracia se caracterizan por el poder legitimado para su adopción y los efectos que producen. Nos encontramos ante un punto algo oscuro, dado que, en un primer momento, Aguado considera que lo único posible en esta materia es bosquejar una taxonomía genérica de la gracia en nuestro sistema, que se corresponde con la idea intuitiva de los distintos grados que puede adoptar el ejercicio de la gracia (p. 71), mas, posteriormente, con base en los elementos que las diferencian, concluye —con razón— que carece de sentido una distin-

ción puramente nominal de las distintas figuras, de modo que la diferente semántica ha de tener traducción real, que designe regímenes distintos a los que los poderes deban sujetarse cuando los pongan en práctica y, en particular, el legislador cuando incida en su regulación (p. 100). Considera, incluso, que se trataba del régimen imperante en nuestro sistema hasta el vigente Código penal, que resultaba, además, correcto (p. 101). Las diferencias las encontramos en la propia forma de administración de la gracia, que en la amnistía es la propia ley, mientras que en el indulto general lo que adopta la forma de ley es la autorización, pero no el ejercicio mismo del indulto, y en el indulto particular no es necesaria la intervención del Parlamento; en el sujeto activo (legislativo/ejecutivo, para la amnistía y el indulto, respectivamente); en los efectos beneficiosos para el sujeto afectado (mayor intensidad en la amnistía frente a los indultos) y, finalmente, en los beneficiarios (indeterminados en el indulto general, determinados en el indulto particular y la amnistía). Sin embargo, esta taxonomía o, en el fondo, la tipología material de las distintas formas establecida desaparece en los supuestos de indulto anticipado, admitidos por Aguado, lo que, a nuestro juicio, resulta un tanto incoherente. De este problema y de la posible renuncia al indulto particular nos ocuparemos con mayor profundidad posteriormente, pues constituyen los dos puntos en los que consideramos que las soluciones de Aguado no resultan acertadas, incluso desde sus propios presupuestos —o precisamente partiendo de los mismos—.

Finalmente, defiende Aguado el carácter cualitativamente similar de las distintas formas de gracia, rechazando su diferente naturaleza —cuestión que, pese a todo, creemos que resulta discutible— y, frente a la concepción prácticamente unánime de la naturaleza de la gracia, desta-

ca —con sólidos argumentos— que no supone una derogación de la norma, sino una excepción parcial, de mayor o menor amplitud, a la efectividad de la misma, con repercusiones en otro poder del Estado.

## 2. EL CONCEDENTE DE LA GRACIA

Más allá del mencionado carácter de acto de integración que posee el indulto particular en nuestro sistema y olvidando también la desafortunada terminología tradicional —en cuanto, evidentemente, no es un «derecho», en cualquiera de los sentidos del término—, no parece problemático que la Constitución atribuya la gracia en sí al Monarca, que ostenta la Jefatura del Estado. Se trata de la institución que representa simbólica y jurídicamente al Estado, de modo que, al menos nominalmente, es la mejor atribución que podría realizarse —dejando a un lado, como es obvio, la tradición histórica—.

Encontramos aquí una sugerente propuesta *de lege ferenda*: la atribución al poder legislativo de la gracia particular. Más allá de posibles problemas prácticos, que no serían insalvables, lo fundamental es que serviría para potenciar la institución parlamentaria, pero, sobre todo, en cuanto a la gracia en sí misma, el cambio de atribución en el ejercicio del indulto «supondría una mayor publicidad y, por ende, una mayor transparencia y, sobre todo —al estar representados todos los grupos parlamentarios en el supuesto con el que jugamos, hay que presuponerlo—, una mayor objetividad» (pp. 130-131).

Al no ser éste el sistema vigente, se ocupa de la intervención del Gobierno y, con ello, de un elemento clave en su interpretación de nuestro ordenamiento: las implicaciones que supone el refrendo del acto del monarca. La más importante, en lo que ahora interesa, es que supo-

ne que el acto queda incluido dentro del ámbito de los susceptibles de control.

Los problemas relacionados con el refrendo no se agotan en lo anterior, pues destaca acertadamente que, pese a ser el Consejo de Ministros quien aprueba cada propuesta, el refrendo lo realiza el Ministro proponente, lo que no deja de ser una falta de coherencia, por mucho que no alcance mayor trascendencia. Se plantea Aguado si podría modificarse el régimen vigente, de modo que dejase de ser una atribución del Gobierno para serlo del Presidente o de un Ministro. Mientras lo primero podría ser aceptable, al ser el nuestro un sistema de canciller o de premier, considera inviable la segunda posibilidad, precisamente por la significación del acto —interferencia en la labor de juzgar y ejecutar lo juzgado—, lo que «demanda que el *status* de su fuente sea el más elevado», con lo que la orden ministerial sería inadecuada (p. 154).

Finaliza el apartado dedicado al concedente con el estudio de la actuación de los Jueces y Tribunales, también relevante en esta materia. Rechazada, con buenas razones, la posibilidad de atribuir esta prerrogativa a los Tribunales —no por impedimentos formales, sino por argumentos de orden lógico y material (pp. 157-158)—, cifra la importancia de la actuación de Jueces y Tribunales en los siguientes elementos: en primer lugar, por los informes que debe elaborar el Tribunal sentenciador, vinculantes negativamente en algunos supuestos [indulto total, donde es necesario, según el art. 11 de la propia Ley de Indulto, que aprecie razones de «justicia, equidad o utilidad pública»; indulto a reincidentes —art. 3—, donde la referencia es a «razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública»; conmutación de la pena en otra de diferente escala, donde, además de la conformidad del penado, deben existir «méritos suficientes»,

según establece el art. 12 (pp. 160 y ss.); además, porque ha de aplicar la gracia, lo que, entre otros aspectos, supone que se convertirá en instancia de control; finalmente, debido a que puede instar la gracia del indulto, aunque sea conforme con lo dispuesto en el Código penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con los propios límites que derivan de la misma Ley de Indulto.

De todos modos, lo anterior no puede inducir a error, pues, salvo cuando se trate de requisitos que necesariamente han de haber apreciado —los supuestos señalados de vinculación negativa—, no hay relación causa-efecto entre proposición o información y concesión y denegación, dado que quien de hecho acaba resolviendo sin mayores problemas si se propone o no la gracia del indulto es el Gobierno, que tiene un protagonismo total en el expediente.

Aquí encontramos una nueva propuesta *de lege ferenda* que busca, naturalmente, una mayor objetivación: con razón señala Aguado que bastaría con modificar la ley extendiendo la vinculatoriedad negativa del informe a todos los supuestos de indulto parcial para conseguir, en gran medida —esto es, fuera del indulto anticipado— la «jurisdiccionalización» del beneficio y, en este sentido, conseguir mayor objetivación. Acertadamente señala que no puede objetarse que se vulneraría una reserva de función, pues aclara perfectamente que estaríamos ante un control judicial negativo, esto es, que no podrían concederse cuando no se diesen los requisitos necesarios que tuviese que consignar el Tribunal, pero el Gobierno conservaría el control positivo, de modo que podría seguir denegando la gracia pese a que el informe fuese positivo. Al quedar la capacidad última de decisión para la denegación, incluso con informes favorables, en manos del Gobierno, junto con el indulto preventivo, la facultad sigue atribuida

al Ejecutivo. En definitiva, no desaparecería la discrecionalidad, pero se vería mermada, pues sólo existiría para conceder o denegar el beneficio que, con carácter previo, hubiese sido dictaminado de modo favorable, atendiendo a criterios objetivos (en el sentido de razonados, motivados), por el Poder Judicial.

Pese a lo sugestivo de la propuesta, nos preguntamos si la merma de la discrecionalidad buscada no debería encontrar respuesta, simplemente, a través del control de la motivación, pues la jurisdiccionalización del beneficio nos plantea serias dudas —basta pensar en los supuestos de discrepancia entre Tribunales y Ejecutivo; ¿por qué dar primacía a los primeros?—, que, sin embargo, no podemos exponer.

### 3. EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LA GRACIA

Se trata, sin duda, del problema más importante, especialmente desde la perspectiva constitucional: no sólo si cabe control del ejercicio de la gracia sino, por supuesto, de qué tipo. Debemos añadir, igualmente, que también aquí encontramos muchos de los aspectos más sugerentes del libro —probablemente, además, los que más polémica pueden suscitar entre los constitucionalistas, pero que superan los conocimientos de quien esto suscribe—, especialmente en cuanto podría ser aplicables ya en este momento.

Más allá del control social y del control político en sentido estricto (*en y por* el Parlamento), el verdadero problema radica en el posible control jurisdiccional. El autor diferencia dos aspectos dentro del mismo: el que afectaría al procedimiento en el sentido más amplio, esto es, el control de los aspectos externos, por un lado, y el control de la decisión *in se*, esto es, el control de la concesión o denegación como tal, que supondría

ya un control interno o de fondo, por otro.

En cuanto al primer tipo, al control procedimental, referido a la verificación de los elementos reglados, su existencia no parece problemática —de ahí que se refiera a él con la denominación de control «aprobemático» (pp. 195 y ss.)—. En todo caso, puede discutirse la jurisdicción a la que correspondería, esto es, órgano sentenciador *vs.* jurisdicción contencioso-administrativa. Al ser el órgano sentenciador el que ha de aplicar indispensablemente el indulto, conforme a lo dispuesto en la propia Ley (art. 31), no parece que plantee especiales dificultades que sea éste el llamado a realizar dicho control. Así, la Ley de Indulto resultaría especial respecto de la Ley 29/1988, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la reforma de la Ley de Indulto por la ley 1/1988 habría confirmado este punto, en cuanto no lo habría modificado y, por último, al ser el órgano sentenciador el que mejor conoce el caso —informe— resultaría coherente que lo realizase, de modo que podría inaplicar o aplicar sólo parcialmente la gracia, decidiendo, por supuesto, en un auto fundamentado. Se podría plantear —como de hecho ya ha ocurrido— el siguiente problema: la disconformidad del Gobierno con el control realizado por el órgano jurisdiccional pertinente, lo que ocasionaría un conflicto que analizará el autor al ocuparse del «control aprobemático», esto es, el relativo a la concesión o denegación como tal, razón por la que nos remitimos a dicho punto.

Si este control procedimental o externo resulta, como tal, poco problemático en cuanto a su admisión, no puede decirse lo mismo del control del contenido de la decisión. La razón también parece evidente: si la gracia es una renuncia voluntaria del Estado al *ius puniendi*, la libertad de ejercicio es una

característica «tan inherente a ella que ha parecido inconcebible disociarla de su mismo concepto: el ejercicio de la gracia ha sido de siempre sinónimo de la libertad de decisión sobre ella» (p. 201).

Sin embargo, aquí es precisamente donde el cambio de los tiempos y del contexto jurídico-político resulta fundamental, pues al encontrarnos en un Estado *constitucional* de Derecho, la gracia no puede ser arbitraria siquiera sea por la existencia del art. 9.3 CE donde encontramos el principio de interdicción de la arbitrariedad. Así, el ejercicio de la gracia será discrecional, pero no puede ser arbitrario. Pasa a ocuparse, como no podía ser de otro modo, de la interdicción de la arbitrariedad, para diferenciar entre acto discrecional y arbitrario.

Parte de que el contenido material de la interdicción de la arbitrariedad en el Estado actual posee un doble fundamento: por un lado supone que cada poder está limitado por los demás poderes y por los derechos (fundamentales) de los ciudadanos; por otro, significa que el poder tiene carácter funcional, esto es, que se otorga «al cargo, órgano o ente de que se trate, en virtud no de herencia, de virtudes personales o de cualquier otra razón que no sea la de *satisfacer intereses de la comunidad sobre los que se proyectan las atribuciones o competencias que por tal motivo le están asignadas*» (p. 205, cursivas añadidas), de modo que la función encomendada se convierte en referente para enjuiciar su actuación, en criterio para su evaluación.

Parece obvio que la única posibilidad de evitar la arbitrariedad es la posibilidad de control de la potestad cuyo ejercicio pueda derivar en arbitrariedad. Por supuesto, la naturaleza del control dependerá del órgano que ejerza la potestad en cuestión. Si no hay problemas en el caso de las leyes, sí puede haberlos en el Ejecutivo, pues frente al genérico control de constitucionalidad

de las primeras, en el caso del Ejecutivo nos vemos remitidos a los problemas que plantea y ha planteado el control de los «actos políticos».

Si bien señala Aguado, correctamente, que no cabe duda de que el ejercicio de la función ejecutiva debe realizarse de modo conforme con la Constitución y las leyes, por lo que la actuación del Gobierno puede ser controlable por los Tribunales —basta recordar el art. 97 CE—, también parece claro que la gracia tiene más que ver con un acto de dirección política por contraposición al acto de dirección administrativa, lo que imposibilitaría su control jurisdiccional. Ahora bien, no le falta razón al señalar que tampoco encaja en los «actos políticos» si consideramos que se trata de aquéllos que suponen una «total libertad *jurídica* del Gobierno: desde la consideración de si tiene lugar el presupuesto de hecho hasta la decisión sobre el mismo» (p. 210). La diferencia no tiene tanto que ver con que la gracia deba ejercerse con arreglo a la ley —algo ya bastante sintomático—, sino «mucho antes y mucho más fundamentalmente, en que en ningún caso recae la decisión gubernamental sobre la esfera propia de otro poder, como en cambio sucede con la gracia respecto del poder judicial» (p. 211). La previsión y permisión constitucional de dicha interferencia no puede invocarse para ignorar las decisiones del Poder Judicial y, en tanto es así, menospreciarlo, nulificarlo. En su opinión, que nos parece muy acertada, el hecho de que haya existido (habitualmente, como mínimo, por el problema del indulto anticipado) pronunciamiento judicial, influye, sin lugar a dudas, en la consideración de la acción gubernamental. En definitiva, el indulto no puede considerarse un puro acto político carente de control jurisdiccional, de modo que el Poder Judicial podrá conocer del acto del Poder Político.

Para establecer en qué sentido puede realizarse este control acude Aguado a la doctrina administrativa, que ha estudiado con gran rigor el problema del control de la discrecionalidad, extrayendo los elementos más relevantes de dicho análisis: el más importante de todos, en cuanto sirve de fundamento a los demás, es el que señala que siendo una decisión discrecional aquélla que, en sí, resulta infiscalizable, «lo que en cambio resulta controlable es *el proceso que ha llevado hasta ella, o sea, su fundamentación*, las razones de su adopción: en definitiva, utilizando el término jurídico preciso, su motivación» (p. 213, cursiva en el original), pues la motivación es el elemento que diferencia, en la teoría del control, la discrecionalidad de la arbitrariedad.

Señala, así, que la motivación debe ser cualitativamente suficiente —no cuantitativamente, en cuanto hay que distinguir entre lo que figura en el acto formal y el expediente, donde deben constar los fundamentos últimos de la decisión— y, además, «medianamente objetiva», lo que significa que tendrá que poder reconducirse a algún interés objetivable o, dicho de otro modo, revestir la apariencia de servicio a un interés de carácter general, de modo que el acto no puede deberse a intereses particulares del órgano que lo decide —en este caso el Gobierno—. Sólo esta posibilidad de lectura objetiva permite el control jurisdiccional problemático, que no busca cuestionar la decisión, sino examinar, como mínimo, la coherencia lógica entre la decisión y la fundamentación que se ofrece a la misma, por lo que si ésta existe, el acto queda perfectamente legitimado, aunque la interpretación que el Gobierno haya realizado del interés general sea discutible desde otros puntos de vista.

Más allá de estas reflexiones generales, concreta Aguado algo más al referirse ya a supuestos particulares, ofreciendo argumentos adicionales de peso:

1. En los supuestos de *concesión* del beneficio, no parece que existan dudas sobre la existencia de motivación, tanto por la necesidad *ex lege* en los supuestos en que hay un informe preceptivo del Tribunal (los casos ya expuestos de vinculación negativa), como porque así se deriva de la CE, del art. 9. 3 (principio de interdicción de la arbitrariedad). Ello incluso pese a que dicha exigencia se suprimiese en la reforma de 1988, inconstitucional en este punto, pues permitiría cubrir formalmente conductas del Gobierno que sean claramente arbitrarias. Por último, invocando el art. 120.3 CE *a contrario*, si las sentencias deben ser motivadas, en mayor medida debe entenderse exigencia constitucional la motivación del acto que deja sin efecto, total o parcialmente, la sentencia que fue motivada en su momento.

Más allá de la polémica sobre el significado del principio de interdicción de la arbitrariedad, lo importante es que, en su opinión, supone la posibilidad de confrontar la decisión con principios jurídicos materiales, con los principios generales del Derecho, de modo que el ejecutivo deberá conectar su decisión con alguna causa que la justifique —más allá de las indicaciones, más o menos objetivas, que impone la LI a los Tribunales en sus informes—. Si no hay motivación o la misma es insuficiente, la presunción de corrección *iuris tantum* de la decisión del Ejecutivo quedaría destruida, pasando el acto a ser arbitrario. Apreciación que, lógicamente, debe realizar un órgano jurisdiccional.

La significación que dicho principio tiene en un verdadero Estado de Derecho, como ya se ha esbozado mínimamente con anterioridad; su constitucionalización en nuestro sistema —además en el Título Preliminar— y la enorme relevancia de la proyección de la gracia —que sigue siendo una interferencia del Ejecutivo en la labor jurisdiccional, una

falla en el principio de división de poderes-, justifican, también en nuestra opinión, más que sobradamente la exigencia de control al gobierno en su concesión del beneficio de indulto por medio de la motivación.

Ahora bien, la trascendencia de la motivación y, en tanto ello es así, de la posibilidad de su enjuiciamiento, también se pone de manifiesto si atendemos, como nos indica Aguado, no a los casos típicos por habituales, sino a los notorios -por su relevancia intrínseca o por su repercusión social-, que realmente dan la verdadera medida de la trascendencia que puede llegar a cobrar la concesión de la gracia. En estos casos la posibilidad de enjuiciamiento de la motivación o fundamentación es indispensable también desde el punto de vista del funcionamiento de un sistema democrático, en el que los ciudadanos deber disponer de la información precisa para formar su opinión de cara a su participación en la vida política, elemento que deben fomentar los poderes públicos (art. 9. 2 CE).

2. Evidentemente, las cosas son muy distintas cuando se trata de la *dene-gación* de la gracia. En estos casos no es necesaria la motivación, salvo en un supuesto que, nuevamente, contribuye a una «objetivación» del ejercicio de la gracia. Se refiere Aguado a los supuestos en que existan precedentes sustancialmente iguales en los que se haya concedido la misma. Partiendo de nuevo de la interdicción de la arbitrariedad -que, en este caso, sí tiene la específica forma del principio de igualdad ante la ley-, sería necesario motivar en estos casos la denegación. La mayor objetivación se produciría en cuanto el Gobierno debería ser consciente, cada vez que indulta, de que establece un precedente, de forma que su abandono posterior requiere razonar el mismo. Esta objetivación del ejercicio real de la gracia resulta beneficiosa -y en ello

estamos de acuerdo con Aguado-, recordando la necesidad de interpretación restrictiva de la gracia y su utilización excepcional además de, por supuesto, lo más objetiva posible (p. 238).

Si se admite -y la fundamentación nos parece difícil de rebatir- la necesidad de motivación y, de este modo, la posibilidad de control, resta examinar tanto el procedimiento como el órgano que debería ejercerlo.

En los casos de denegación no parece excesivamente problemático: al ser sólo posible cuando conculque la igualdad en la aplicación de la ley respecto al sujeto que lo solicita, se podrá impetrar el amparo primero en la jurisdicción contencioso-administrativa y, en su caso, en la constitucional.

Más problemático resulta el control de la concesión. Podría pensarse que el propio órgano sentenciador, que realiza el control procedimental o externo, llevase a cabo también el control de fondo o interno. La fundamentación se deduce, nuevamente, del art. 9.3: sería arbitraria la ejecución, sin más, de una medida desprovista de justificación o razonabilidad en el caso concreto en cuestión y, como poder público, también el órgano sentenciador está sujeto a la CE (art. 9.1) e incluido en el art. 9. 3.

No desconoce Aguado un claro inconveniente de esta solución: requiere el complemento de la revisión de ese control si el Gobierno está disconforme con el mismo, dado que de lo contrario sería el Tribunal Sentenciador el que tendría la decisión final en una función, la de indultar, que no le corresponde a él. Hasta tal punto es importante esta cuestión que Aguado considera que si no fuera posible revisión alguna de la decisión del órgano sentenciador, sería más correcto predicar la insusceptibilidad de control del beneficio otorgado por el Gobierno, «toda vez que es una decisión a la que la discrecionalidad resulta más

inherente que a cualquiera otra de las típicamente discrecionales» (p. 242).

Ya en el análisis de los elementos reglados –susceptibles sin duda de control– se había planteado la posibilidad de disconformidad del Gobierno, por lo que señala Aguado que ha de razonarse indefectiblemente desde la existencia del control y, siendo así, sobre la hipótesis de disconformidad del Gobierno y su pretensión de revisión de tal control. Por supuesto, también el afectado podría recurrir en caso de que existiese una interpretación distinta por el órgano sentenciador de un supuesto sustancialmente similar –amparo ordinario en primer lugar y constitucional, posteriormente, por vulneración del principio de igualdad–. Existen, sustancialmente, dos soluciones, dejando al margen los casos en que se diesen los presupuestos de un conflicto entre órganos constitucionales:

1. La primera sería considerar que existe un conflicto jurisdiccional y que, por tanto, se acudiría al Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, posibilidad existente con una interpretación adaptativa de la LO 2/87, de Conflictos Jurisdiccionales.

2. Sin embargo, existe otra interpretación menos simple pero «significativamente más adecuada», «por su mayor carácter objetivo» (p. 246). No puede olvidarse que el problema principal que conlleva la potestad de gracia tiene repercusión general, trasciende el interés de los particulares que eventualmente puedan sentirse afectados por la puesta en práctica de tal prerrogativa. Teniendo en cuenta este dato, y con nuestro régimen constitucional y legal vigente, lo primero que ha de tenerse en cuenta es que el Real Decreto de indulto no es una norma sino un acto que se agota en su aplicación (p. 246). Sin embargo, no podemos olvidar que, como acto, es sumamente peculiar, «quizá sin parangón en el resto

del ordenamiento jurídico, en cuanto no es desarrollo (no puede serlo si es un acto que se agota en su aplicación) ni aplicación de una ley», dado que la LI es el marco con arreglo al que el Gobierno determina el contenido del beneficio, «pero la decisión de si lo otorga o no, y en qué extensión o de qué forma, no deriva de la ley, que puede condicionar..., pero no predeterminar de modo absoluto su concesión», salvo que la gracia cambiase de naturaleza y dejase de ser una potestad de libre ejercicio (de ejercicio discrecional) a favor de quien la tiene realmente atribuida (p. 246).

En definitiva, entre la habilitación para ejercer la gracia, que se asienta en la Constitución, y la concesión del beneficio, no media ninguna ley. El Real Decreto de concesión no es una ley, pero tampoco parece, por su peculiaridad, que pueda ser considerado como el resto de los Reales Decretos, al menos en lo que a su control se refiere. Considera, por ello, que no sólo puede, sino que debe ser considerado como un acto con un *status* particular a efectos de su control, un *status* de fuerza o de valor de ley, siguiendo la interpretación de Rubio Llorente, que le atribuye un significado meramente procesal. Supone demandar la intervención del Tribunal Constitucional para el control de normas con tal valor, que conlleve su interpretación o expulsión del ordenamiento jurídico, excluyendo que puedan hacerlo instancias jurisdiccionales ordinarias. El criterio para cualificar un acto como de tal valor, su característica, frente a otras propuestas, sería «la inmediatez entre la Constitución y el acto –o dicho de otro modo, la ausencia de intermediación de ley entre una y otro–» (p. 247).

Además de lo anterior, existen otras razones para considerar tal Real Decreto como de especial valor: por un lado, la tacha de la medida impugnada sería de inconstitucionalidad (contradicción con

la interdicción de la arbitrariedad); la interferencia que supone en el ejercicio del Poder Judicial, «sometido únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE), hace que la consideración de cualquier acto que incida sobre el producto de su labor (la sentencia y su ejecución), como es ahora el caso, parece que deba ser del mismo valor que el del único tipo de norma a cuyo imperio se encuentra sometido, lo que significa la concepción del valor legal del Real Decreto a efectos de su control; por último, esta consideración de valor de ley obvia el inconveniente teórico de que el órgano afectado por una actuación tan particular del Gobierno sea el que controle ésta.

Dejando al margen otros aspectos, la vía por la que se realizaría el control en cuestión sería el recurso de inconstitucionalidad, sin especialidad alguna en cuanto a los legitimados para su interposición respecto a los demás casos de actos con fuerza de ley. De este modo, sería la jurisdicción constitucional la encargada de ese control material, interno o de fondo, frente al externo, que quedaría en manos del Tribunal Sentenciador.

El problema deviene evidente: esa disociación de controles parece que nos lleva a considerar que estamos tanto ante un acto sin valor de ley (de modo que es controlable por el órgano sentenciador en sus elementos reglados), como con valor de ley (controlable, por tanto, por el Tribunal Constitucional). Ahora bien, esta posibilidad de doble consideración de una norma no es nueva, ni doctrinal ni legislativamente (art. 1. 1. *in fine* LJCA): es posible compatibilizar dos consideraciones distintas de la naturaleza de la norma o acto que provenga del Gobierno en función de la perspectiva desde la que se observe.

Pese a todo, recuerda Aguado que cualquier solución de las anteriores sería innecesaria si existiese un procedimiento *ad hoc* para estos supuestos, «previsión

que, a nuestro entender, resulta del todo imprescindible en un ordenamiento jurídico avanzado en el que los principios constitucionales jueguen el papel que les corresponde. En todo caso, se compartan cualquiera de las soluciones vistas o se proponga otra, de lo que no ha de caber duda alguna es de que los actos de gracia deben ser susceptibles de control en un *moderno* y, sobre todo, en un *verdadero*, Estado *constitucional* de Derecho» (p. 251, cursiva alterada). En definitiva, la necesidad de una nueva ley reguladora de esta materia se desprende con toda claridad del estudio que, además, realiza consideraciones muy oportunas sobre qué elementos deberían tenerse en cuenta, pues la mayoría de sus propuestas le han parecido sumamente acertadas a este lector.

Para concluir nuestra exposición queremos fijar nuestra atención simplemente en dos aspectos que, desde nuestra perspectiva de penalistas, nos resultan difíciles de aceptar, como ya hemos mencionado: el indulto anticipado y la posibilidad de renunciar al indulto.

1. En cuanto al indulto anticipado, las diferencias con la postura de Aguado tienen más que ver con la interpretación que realiza de la normativa vigente que con diferencias conceptuales reales. Así, nos parece discutible que la admisión del indulto anticipado no plantee «excesivos problemas según el régimen actual» (p. 111), máxime cuando puede afectar a derechos fundamentales del sujeto (presunción de inocencia, honor y tutela judicial efectiva), además de que puede causar otros perjuicios —que, en el fondo, Aguado salva admitiendo la renuncia al indulto— (pp. 111 y ss.). Igualmente, la distinción que Aguado establece entre amnistía e indulto se difuminaría en el caso de indulto anticipado —como no desconoce el propio autor (pp. 110 n. 161., 112 n. 164)—.

Dado que al propio Aguado le parece lo más lógico que la gracia sea *post sententiam* y, en rigor, firme, aludiendo a la «más cualificada doctrina portuguesa» (p. 107 n. 151, inciso en el que deberíamos añadir que también en nuestra propia doctrina —especialmente tras el CP 95—), y que reconoce su carácter excepcional —lo que lo convierte en una excepción dentro de una materia que, como tal, debe ser interpretada de manera restrictiva—, esto es, que estaríamos ante una «anomalía» que permitiría la LI, nos preguntamos si realmente la normativa —y su interpretación— es tan incuestionable como se señala.

Desgraciadamente, la argumentación ofrecida no acaba de convencer: si dejamos a un lado las referencias a su previsión por algún clásico, la confirmación de esta posibilidad por la práctica normativa en alguna ocasión —el ejemplo que se cita es preconstitucional y, además, la práctica podría ser errónea, al menos actualmente—, y la inferencia de alguna Sentencia del Tribunal Constitucional —que se refiere a un indulto general, lógicamente preconstitucional y que, además, en nuestra opinión ofrece razones para todo lo contrario—, la argumentación es, básicamente, la siguiente:

En primer lugar se aduce «la taxatividad literal del art. 3 de la propia LI, difícilmente controvertible, porque no deja margen para la interpretación excluyente..., de la primera condición del art. 2» (excepción, para los «delitos políticos» —art. 3—, de la imposibilidad de indultar a «los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme» —art. 2. 1.—). Dejando al margen que en la doctrina penal existen interpretaciones todavía más restrictivas del alcance del art. 3, la literalidad de la ley tampoco tiene tanto peso, más aún en el supuesto en cuestión: por un lado, el propio art. 3 habla de los «penados» —como ya ha señalado algún autor—, lo

que convierte dicha taxatividad en sumamente discutible; por otro lado, la propia Ley de Indulto carecería de sentido en algunos puntos: incluso dejando al margen que no ha sido reformada tras la entrada en vigor del nuevo CP (lo que hace que algunos preceptos, más allá de los problemas interpretativos que pueden plantear, nos lleven a esbozar una sonrisa —basta pensar en las referencias a la conmutación de penas por otras de la misma o diferente escala gradual, cuando no sólo ya no existen éstas, sino que el sistema de penas ha sido considerablemente simplificado y modificado—), no es precisamente un modelo de texto legislativo. Basta señalar que la propia ley ni siquiera —literalmente— se refiere a los mismos Capítulos y secciones a propósito de los «delitos políticos», que se encuentran tanto en el art. 3 como en el art. 29, de forma que incluso sería discutible qué delitos podrían ser, en su caso, objeto de la excepción.

Como segundo argumento se expone la posibilidad que asiste al Gobierno de «mandar formar el oportuno expediente», lo que, en opinión de Aguado, «no puede abocar más que a la admisión de dicha posibilidad [indulto anticipado]». Sinceramente, no vemos qué relación existe entre la posibilidad del Gobierno de «mandar formar el oportuno expediente» y el indulto anticipado, entre otras razones, por la existencia de supuestos de «vinculación negativa» (en terminología del propio Aguado), esto es, de casos en los que, por mucho que el Gobierno ordene la formación del expediente, es necesaria la apreciación de determinados elementos por el Tribunal sentenciador, de modo que si éste no considera que existen queda cerrada la posibilidad del indulto. El ejemplo más claro —compartido, claro está, por el propio Aguado— es el indulto total, en el que deben existir razones de «justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribu-

nal sentenciador» (art. 11 LI). Como señalábamos con anterioridad, precisamente los propios puntos de partida del autor —que compartimos en general— impiden dotar de algún efecto especial a dicha posibilidad que tiene el Gobierno, pues, como tal, lo único que supone es la posibilidad de poner en marcha el proceso —por mucho que pueda presumirse que, al hacerlo, es porque quiere indultar—. Si hemos elegido el ejemplo del indulto total es para evitar los problemas que podría suscitar el art. 29, que permite conceder la conmutación de la pena de muerte y de las penas impuestas por delitos políticos «sin oír previamente al Tribunal sentenciador» —inciso también interesante, pues el Tribunal sentenciador, hasta dicho artículo, sólo debía elaborar un informe, pero no se hablaba de ninguna audiencia, que, evidentemente, no debe interpretarse literalmente—. Es decir, en determinados supuestos el Gobierno puede prescindir del Tribunal sentenciador. Sin embargo, como queda claro a tenor de la redacción del art. 29, estamos ante supuestos de indulto parcial —pues así se considera la conmutación de penas, art. 4 LI—, con lo que la posibilidad de indultos anticipados, incluso deducida de la propia ley, quedaría todavía más limitada. Más aún: podría discutirse cuál es el ámbito de aplicación de dicho art. 29, que sólo se refiere a lo dispuesto en los artículos anteriores, sin precisar, como es lógico, cuáles, lo que excede las posibilidades del marco en que nos encontramos.

El tercer argumento —y de mayor peso en opinión de Aguado— es la reforma de 1988, que confirmaría dicha posibilidad «al dejar el legislador intocados los preceptos de los que cabe derivar su admisibilidad». Si los artículos que permiten esa admisibilidad son, simplemente, el propio art. 3 y el art. 21, la cuestión no creemos que haya quedado resuelta. El alcance del art. 3 —o, si se prefiere, su

relación con el art. 2— es, precisamente, el objeto de discusión, y del mismo poco podemos extraer y en cuanto al art. 21 ya hemos visto que lo único que permite es que el Gobierno decida iniciar el expediente, que no prescindir del mismo. Incluso en los supuestos en que pudiese prescindirse de «oír al Tribunal», sean cuales sean, la propia ley se refiere a las penas «impuestas» por los «delitos políticos», lo que, en todo caso, sería un argumento adicional —desde la literalidad del precepto— contra la posibilidad del indulto (parcial o al menos una de sus clases) anticipado.

En nuestra opinión, la argumentación que impide la posibilidad del indulto anticipado deriva de lo que dispone la propia ley, pues, descartada la posibilidad de indulto total sin informe del Tribunal sentenciador —«vinculación negativa»— e incluso olvidando, dado que estaríamos ante un supuesto excepcional, las continuas referencias de la LI a las penas en que se hubiese incurrido, se hubiese sido condenado, a los penados, a la pena o penas impuestas, etc., no llegamos a comprender cómo podría realizarse un indulto parcial —remisión de alguna o algunas de las penas impuestas o de parte de todas en las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente; conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves, art. 4— si, precisamente, lo que no existe es el objeto del indulto —la pena—. ¿Qué pena podría remitirse o conmutarse si, precisamente, el procesado todavía no ha sido condenado y, por tanto, todavía no existe pena? Tanto para remitir como para conmutar una pena parece evidente que debe existir la misma; si el sujeto —hemos partido incluso de que está siendo procesado, lo que, desde luego, como no pasa por alto el propio Aguado, no tiene por qué ser el caso— no ha sido condenado no tenemos pena sobre la que rea-

lizar la concesión de indulto, pues parece claro que no puede entenderse la pena que correspondería al delito en cuestión, aunque sólo sea porque hasta que no se produce la individualización judicial lo único que corresponde a un delito es un marco penal y esta referencia sí que no la encontramos en ningún momento en la LI.

Para no extendernos más: si se busca una interpretación que trate de conciliar todos los preceptos de la LI, de lo único que podría prescindirse sería, en su caso, de la firmeza de la sentencia, pero nunca de esta última como tal. Cómo deba comprenderse el art. 3 no es, sin embargo, objeto de nuestras reflexiones, pues, simplemente, lo único que queríamos señalar es que nos resulta muy difícil, a tenor de la propia LI, admitir un indulto anticipado —sin sentencia—.

2. También la posibilidad de renunciar al indulto nos plantea serias dudas, sin que Aguado logre ofrecer, en nuestra opinión, una argumentación convincente en este discutido problema. Dentro de la propia LI reconoce que se puede encontrar algún argumento, aunque no muy concluyente, a favor de la admisión de la posibilidad de renunciar: así, el art. 15, que establece como condición tácita la audiencia de la parte ofendida en los delitos perseguibles a instancia de parte, lo que no impide, sin embargo, que el Gobierno decida, pese a la opinión en contra, concederlo, lo que «refuerza, sin duda, el carácter de acto de autoridad del mismo»; mayor importancia concede a la necesaria conformidad del penado en los supuestos de conmutación de la pena por otra de una escala distinta —art. 12 LI—, lo que, a su parecer, «hace poco consecuente negar la posibilidad de dicha renuncia» (p. 185).

Estamos totalmente de acuerdo en que los argumentos extraídos de la LI son poco concluyentes; es más, creemos

que no aportan nada. Si esto parece claro en el primero, la conformidad del penado en el caso de conmutación de penas por otra de una escala distinta tiene que ver, simplemente, con el hecho de que las penas contenidas en las antiguas escalas graduales eran de distinta naturaleza, por lo que el paso de, por ejemplo, una pena privativa de libertad a una restrictiva de la misma o a una pena privativa o restrictiva de otros derechos puede ser, en el fondo, menos beneficioso para el reo de lo que en un primer momento pudiese parecer —basta remitirse a los ejemplos que utiliza la doctrina penal en la retroactividad de la ley penal favorable, por mucho que aquí baste con que sea oído el reo—, lo que puede conceder sentido a este requisito, pero del que tampoco se puede extraer nada más. Podría irse más lejos y cuestionar el sentido de dicha posibilidad —máxime hoy, cuando ya no existen escalas graduales—, pero ello nos alejaría en demasía del objeto de nuestro comentario y, al fin y al cabo, lo refleja el texto legal —más allá del problema de cómo deba interpretarse hoy día dicha referencia, que puede plantear interesantes problemas interpretativos—.

Aguado no admite la posibilidad de renuncia al indulto por lo dispuesto en la regulación, sino que, para él, la cuestión radica no en si la posibilidad de renuncia conculca un interés público o no —uno de los argumentos tradicionalmente utilizados—, sino en el criterio de referencia: individuo/Estado. Desde el segundo la gracia es un acto de autoridad, lo que conllevaría la negativa a la renuncia. Si se parte del ciudadano estamos ante una oferta del Estado que, así, más que renunciar, podría rechazar (p. 186). Lo ve como expresión del derecho de libertad en su vertiente de autonomía individual, esto es, «la capacidad de autodeterminar para sí lo que el particular quiere y, en la medida en que no se afec-

ten derechos de otros o *intereses generales*, no cabría entender limitada esa capacidad de autodeterminación individual» (pp. 186-187, subrayado añadido). La argumentación resulta, en una primera aproximación, sólida, mas se complica por esa referencia a los intereses generales, siempre que, tal y como Aguado rechaza, no entendamos que por el mero hecho de provenir la decisión de un poder público ya puede esgrimirse un pretendido interés general en la adopción de la decisión del poder público.

Ahora bien, si tenemos en cuenta elementos expuestos por el propio Aguado, como el carácter funcional del poder y, por tanto, la vinculación del Gobierno a los intereses generales, sin que pueda operar subjetivamente a favor de intereses particulares —deduciéndolo del art. 103. 1 CE—, puntos de partida que le llevaban a concluir que la motivación debía ser «medianamente objetiva», esto es, que debía poder reconducirse a algún interés objetivable o, con otras palabras, revestir la apariencia de servicio a un interés de carácter general; que, igualmente, el principio de igualdad conllevaba la necesidad de motivar la denegación de la gracia, y, finalmente, la repercusión general del ejercicio de la potestad de gracia, que trasciende el interés de los particulares que eventualmente puedan sentirse afectados por la puesta en práctica de tal prerrogativa, nos preguntamos si no es necesario, siempre, la existencia de un interés general —por mucho que sea discutible su definición—, pese a que esté fundamentado en las particulares circunstancias del

posible beneficiario, que imposibilite la anteposición de la opinión particular del beneficiario. Dicho de otra forma: precisamente lo que el libro de Aguado pone de manifiesto es que, aun debido a razones particulares, del caso concreto o como quiera decirse, el indulto se adopta en función de un interés general (incluso aunque la comprensión de éste sea discutible), lo que nos lleva, precisamente, a rechazar la posibilidad de renuncia al mismo. En nuestra opinión, que sean circunstancias particulares no es óbice para que la razón última de la concesión del indulto sea que ello es más conveniente para el interés general, de modo que la «libertad» individual queda supeditada al mismo, sea cual sea la opinión del beneficiado.

No podemos concluir sin reconocer, al margen de posibles discrepancias, que le asiste toda la razón a Manuel Aragón cuando señala que estamos ante el estudio más acabado sobre el indulto que existe. Como se desprende de las páginas anteriores, en las que, insistimos, sólo se reseñan algunos aspectos de la monografía, estamos ante un estudio que debería marcar —especialmente para los penalistas— una nueva etapa en las investigaciones sobre el indulto. Convertirse en punto de referencia imprescindible en una materia es, creemos, uno de los mayores logros de cualquier obra. El Prof. Aguado lo ha conseguido con creces y le felicitamos sinceramente por ello.

Dr. MARIANO MELENDO PARDOS  
Prof. Asociado de Derecho Penal  
UNED