

GARCÍA MAHAMUT, R., *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004.

El objeto de investigación del trabajo de la Prof. Rosario García Mahamut que ahora comentamos, constituye una «excentricidad», como señala en su prólogo el actual Ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar¹, uno de esos raros ejemplos de distorsión del principio de separación de poderes, previsto, eso sí por el texto constitucional y por ello admitido en nuestro ordenamiento constitucional². Hablamos del indulto como acto de aplicación singularizada del derecho de gracia en virtud del cual se remite total o parcialmente la pena impuesta, y hablamos así de esa particular actuación del Gobierno en virtud de la cual incide en ámbitos propios del Poder Judicial con la finalidad de recomponer la «justicia material» que no hayan logrado reestablecer los jueces por respeto a las normas que están llamados a garantizar.

Qué duda cabe de que el indulto, pese a considerarse una institución «vetusta y longeva», de «rancia tradición histórica» (p. 22), cobra plena actualidad cuando, por ejemplo, se proyecta sobre algún personaje conocido, como el juez Gómez de Liaño condenado por el Tribunal Supremo como autor de un delito de prevaricación continuada (2000), o se exige para todos los condenados por insumisión al servicio militar obligatorio o a la prestación social sustitutoria una vez desaparecida esta obligación (2002). Es entonces cuando la opinión pública cuestiona las bondades de la institución, basada aún en la Ley del Indulto de 18 de junio de 1870 (si bien

ésta ha sido reformada en varias ocasiones tras la aprobación de nuestro texto constitucional, destacando en particular la reforma operada por la Ley 1/1988 de 14 de enero), en función de la mayor o menor simpatía de la causa sobre la que se proyecte el indulto. Ello sin perjuicio de que el indulto particular constituya un ejercicio si no cotidiano sí frecuente por parte del Consejo de Ministros, en virtud del cual Rey y Gobierno cumplen sus respectivos papeles diseñados por la Constitución Española en sus arts. 62.i), 87.3 y 102.3.

Amnistía, indulto, derecho de gracia, expresión de la clemencia... Todo indica que nos movemos en arenas movedizas. La propia autora habla de ello utilizando expresiones como la de instituto intrínsecamente polémico (p. 21) o sospechoso (p. 24). Y no puede ser de otra manera habida cuenta de sus peculiares características: el Gobierno, quien por mandato expreso del art. 97 CE dirige la política interior y exterior, interfiere puntualmente a través del indulto en la tarea de quien tiene también por expreso mandato constitucional del art. 117 CE la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y dicha interferencia se realiza en aplicación de una potestad discrecional en manos del Gobierno. A partir de aquí, la polémica está servida: ¿cuándo la decisión de indultar es discrecional pero no arbitraria?; ¿cuándo el «beneficio del indulto» pasa a ser perjuicio para la colectividad?; ¿no puede ser el indulto, en manos del Gobierno, el instrumento idóneo para rebe-

1 En puridad, es la segunda excentricidad en lo que va de siglo; al respecto publicó también un trabajo monográfico sobre la materia el Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, César Aguado Renedo, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid, 2001.

2 Dicho estudio tiene su origen en el trabajo de investigación de la profesora García Mahamut que fue sometido a la consideración de la Comisión juzgadora que resolvió el concurso de la plaza que hoy ocupa de Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad Jaume I de Castellón.

larse contra un pronunciamiento judicial que le resulte de algún modo políticamente adverso?; ¿no sería entonces el indulto sino un subterfugio para soslayar la ley?; ¿no supondría entonces que quien indulta burla la justicia y, haciéndolo, se burla de ella?

Y sin embargo, el indulto es por otro lado, la llave de fuga³. La individualización de la pena puede conducir en ocasiones a que ésta resulte excesiva atendiendo al daño causado por la infracción y las circunstancias personales del reo; efectivamente, «el rigor de la ley puede a veces permitir resquicios a través de los cuales la justicia material quede dañada» (la pena puede resultar demasiado severa en sí misma, puede serlo como consecuencia de una dilación indebida en la administración de la justicia...) (p. 261). Precisamente dichas circunstancias son las que justifican la existencia (o mejor dicho, la supervivencia) de mecanismos jurídicos como el indulto que permitan ofrecer una solución alternativa a dicha situación, una solución que permita superar las consecuencias a las que puede conducir una condena tardía, desproporcionada, extemporánea o individualizadamente injusta o antisocial (p. 14). Estamos ante el indulto desde una perspectiva de política criminal, uno de los aspectos del mismo, sin duda, más interesantes. Como destaca el responsable del prólogo, es el caso de quien estando resocializado desde hace años tenga que ingresar en prisión, o de quienes hayan cometido delitos próximos a desaparecer, o de quienes se hayan reinsertado y rehabilitado con carácter previo al ingreso en prisión, o de quienes hayan perdido cualquier asomo de peligrosidad, o de quienes hayan acreditado disposición y capacidad para volverse a reintegrar a la vida en libertad (p. 14).

Lo primero que debemos destacar cuando comenzamos a leer el libro de la

Prof. García Mahamut es precisamente el prólogo ya citado de Juan Fernando López Aguilar, no sólo por su actual condición de Ministro de Justicia —él mismo recuerda cómo el Ministerio que ahora preside se llamaba antes de Gracia y Justicia— sino por ser el prólogo de alguien que conoce el tema por haber buceado anteriormente en él, haciéndose así cargo de sus peligros, recovecos, simas y extraños habitantes... No en vano insiste en la necesidad de defender la correcta ubicación constitucional de los indultos dentro del campo de las atribuciones del Gobierno, único órgano además cuyos miembros se encuentran en disposición de prestar refrendo a su firma por el Rey (con la excepción de lo previsto en el art. 99 CE), y al mismo tiempo previene de un ejercicio desnudo y arbitrario de dicho poder en manos del Gobierno.

Entrando ya en el análisis del trabajo de Rosario García Mahamut, lo primero que hay que valorar del mismo es la sensatez de dedicar a la clemencia (*clementia principis*) —expresión genérica que utiliza para aludir a la institución a lo largo de los siglos— menos de una cuarta parte de la obra, el Capítulo I. Es por otro lado en ese apartado donde queda ubicado nuestro proceso de transición democrática, en el que como sabemos, tuvieron lugar actos de esta naturaleza de enorme importancia, el más conocido, el Real Decreto-Ley 10/1976 de 30 de julio por el que se concede amnistía por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión, el que lo complementa, el Real Decreto de 14 de marzo de 1977 y la Ley 46/1977 de Amnistía. Pues bien, decíamos que la materia, de «rancia tradición histórica» (p. 22), podría de modo natural hacer derivar a quien la aborda hacia un estudio de derecho constitucional histórico o de historia constitucional; cuando en el tra-

3 También se habla en ocasiones de su papel como cláusula de cierre del sistema del Estado de Derecho. Cfr. César Aguado, *Proble-*

mas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia, *op.cit.*, p. 252.

bajo que nos ocupa ocurre todo lo contrario, el análisis de la Prof. García Mahamut está deliberadamente anclado en la Constitución española de 1978 a partir de la cual hay que leer las restantes tres cuartas partes del mismo.

El Capítulo II titulado «El derecho de gracia a la luz de la Constitución Española de 1978», pretende situar el contexto desde el que hay que entender el indulto, a saber, el llamado derecho de gracia. En primer lugar, se introducen una serie de consideraciones en torno al significado constitucional de los términos referidos al derecho de gracia previstos en los tres preceptos constitucionales en los que aparece mencionado; consideraciones que, sin embargo, se formulan a lo largo de varios epígrafes que, a nuestro juicio tal vez pudieran haber quedado reunidos en uno sólo; la lógica de la argumentación no quedaría disminuida y aumentaría en cambio la solidez de su estructura.

En segundo lugar, se incorpora un apartado dedicado a las manifestaciones constitucionales del derecho de gracia y en el que se señalan tres: el indulto general, el indulto particular y la amnistía. La finalidad del mismo es realmente abordar ésta última, para lo cual sin embargo, la autora se ve llamada a dedicar una somera atención a las otras dos manifestaciones sin perjuicio de que a partir del Capítulo III el indulto pasa a ser el objeto específico de análisis. En cuanto al estudio de la amnistía, creo que tiene una estructura paralela a la del tema principal (consideraciones de Derecho comparado, perspectiva histórico-jurídica, cabida en el texto constitucional en ausencia de mención expresa alguna...); habida cuenta de que el objetivo de la autora es el análisis del indulto particular como manifestación del derecho de gracia, tal vez se echa en falta una aproximación al tema de la amnistía más centrada en su diferenciación respecto de aquél pues ello podría redundar en un perfeccionamiento del perfil de la institución objeto de estudio.

Los Capítulos III y IV son los dedicados estrictamente al análisis jurídico-constitucional del indulto, el primero de ellos dedicado a su significado constitucional y el segundo a su función constitucional y a la acción del Gobierno en el Estado Social y Democrático de Derecho, es decir, a la facultad de indultar en manos del Gobierno a la luz del ordenamiento constitucional emanado de la Constitución Española de 1978.

Señaladas ciertas cuestiones metodológicas, lo primero que encontramos en el Capítulo III son las consideraciones de Derecho comparado aportadas por la Prof. García Mahamut sobre los ordenamientos francés, italiano y alemán, que incorporan un esquema expositivo algo complejo al dedicar una primera atención a la delimitación del instituto en Francia y a continuación en Italia (su denominación y eventualmente sus matices) para volver a abordar a continuación los elementos singulares en el ordenamiento francés y los caracterizadores del ordenamiento italiano. Las enseñanzas del Derecho comparado que ponen fin a este apartado sobre el indulto en las democracias actuales son en síntesis que los fundamentos constitucionales en el ejercicio del derecho de gracia son los de antaño con alguna pequeña novedad, que el control jurisdiccional de los indultos sigue siendo un lugar común en el debate y que cuando confluyen en los ordenamientos la previsión del derecho de gracia y la de la remisión condicional de la pena, la preeminencia de una u otra figura —la graciable y la jurisdiccional— varía entre unos y otros.

El resto del Capítulo III pretende ofrecer «una primera lectura constitucional *stricto sensu* sobre la función y la facultad de indultar», en la que después de dedicar cierta atención al contexto constitucional en el que se sitúan los sujetos legitimados para el ejercicio y aplicación de los indultos (básicamente, el lugar que ocupan Jefatura de Estado y Gobierno en nuestro

sistema parlamentario, y —si pudiera decirse— la bisagra del refrendo), la Prof. García Mahamut pasa a analizar el régimen jurídico vigente en materia de indultos (no perdamos de vista que la norma aún en vigor data de 1870), a saber, el procedimiento de tramitación del indulto y sus consecuencias: quiénes pueden ser objeto de indulto, los requisitos para su concesión, la iniciativa de la solicitud de indulto, si procede la suspensión de la ejecución de la pena ante una solicitud de indulto, la tramitación propiamente dicha, la naturaleza del acto, la ejecución del indulto y sus efectos. A tal empeño la autora dedica más de una tercera parte del libro.

El último capítulo del mismo, el Capítulo IV aborda «la función constitucional del indulto y la acción del gobierno en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho» y pretende resolver la cuestión, a mi juicio, más interesante, como es la relativa a la política criminal, a saber, «qué puede justificar, jurídicamente, en un Estado social y democrático de Derecho que el Gobierno (...) exima del cumplimiento de la condena en firme impuesta por un Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional que en exclusiva a él corresponde desempeñar» (p. 207).

Para abordar dicha cuestión, la Prof. García Mahamut trata de considerar en un primer apartado, la relación entre el *ius puniendi* del Estado y la Constitución, en el entendimiento de que igual anclaje constitucional tiene que tener el «principio de intervención mínima» del Derecho penal o Derecho punitivo, como la excepción al mismo. Desde esta perspectiva es posible hablar del indulto como un instrumento de corrección del sistema penal

sustantivo y procesal, en virtud del cual se pueda soslayar lo que los imperativos legales imponen cuando las particularidades de los casos sean tales que resulte evidente el *summum ius, summa iniuria*⁴.

El segundo aspecto a considerar es el relativo al principio de proporcionalidad en general, y su dimensión referida a la proporcionalidad de la pena, proyectándose tanto sobre el legislador en su tarea de elaborar la norma como sobre el juez en la suya de aplicarla. Abordada esta materia, desde la particular perspectiva de su interpretación por el Tribunal Constitucional, la autora hace un repaso de la jurisprudencia constitucional (y también de la del Tribunal Supremo) relativa a la proporcionalidad de la pena y su repercusión en el derecho a la legalidad penal garantizado en el art. 25 CE⁵.

El tercer aspecto a tratar es el que la autora titula «el cerco jurídico-constitucional del valor justicia en su expresión de garantía de la justicia al caso concreto, y la acción discrecional del Gobierno en materia de indultos», para lo cual analiza especialmente la procedencia del instituto del indulto en los casos en los que se han producido dilaciones indebidas: si bien éstas están conceptualmente desconexas de la realidad del ilícito y de la responsabilidad, pueden haber causado perjuicios que deberán repararse. Pues bien, el indulto, es uno de los mecanismos apropiados para «sin desvirtuar la obligación constitucional (del órgano judicial) de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, obtener de una manera jurídicamente correcta el fin de la ejecución de la condena» (STC 35/1994, de 31 de enero, FFJJ 4.º y 5.º).

⁴ Citando ahora el trabajo de César Aguado, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, op.cit., p. 252.

⁵ Actualizando de este modo, lo que al respecto publicó Enrique Linde Paniagua en 1998: Enrique Linde Paniagua, «La clemencia (amnis-

tía 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*, 1998, vol. 52, n.º 1823, p. 1413-1428.

En cuarto lugar la Prof. García Mahamut habla de la reinserción social como elemento informador de la actuación del Ejecutivo, tratando de responder a la cuestión de si la ejecución del castigo impuesto puede en todas las circunstancias deparar algún beneficio rehabilitador al condenado, o por el contrario en ocasiones el indulto se impone como consecuencia de esa finalidad de las penas prevista en el art. 25.2 CE.

Y en quinto y último lugar, la autora aborda uno de los elementos más controvertidos de la institución del indulto, a saber el alcance del control judicial de los indultos particulares, tanto en la fase de tramitación y decisión como en la de aplicación. La Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 ha sobrevivido el paso del tiempo, entre otras cosas porque respondía a un objetivo compartido por la sociedad actual, a saber, limitar en todo lo posible, tanto el ámbito de acción como la discrecionalidad del Gobierno, otorgando además un lugar privilegiado en todo el proceso al tribunal sentenciador. La autora llama especialmente la atención sobre la fase de tramitación, muy especialmente sobre las eventuales consecuencias perversas de la falta de obligación de motivar: «si negamos el control judicial de los

acuerdos expresos de denegación del indulto o tácitos, dándolo por denegado al pasar un año desde su tramitación, la imposibilidad de demostrar la no arbitrariedad del órgano encargado de su concesión sería absoluta» (p. 244).

De este modo concluye la autora el análisis pretendido, no sin antes adelantar sus conclusiones. Habla del contenido material de la prerrogativa de gracia como extinción, reducción o conmutación individual de las penas, distanciándose necesariamente el indulto del históricamente conocido como «indulto general» (o indulto «de multitud no motivado») prohibido expresamente por nuestro texto constitucional. Esta particular manifestación del derecho de gracia sigue siendo, en definitiva, un instrumento de dirección de la política criminal, que sin dejar de ser «excéntrico», puede tener una razón de ser en un ordenamiento constitucional como el nuestro, siempre que su interpretación sea, como no puede ser de otro modo, la propia del siglo XXI y no la del XIX.

María FRAILE ORTIZ
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid