

AMNISTIA E INDULTO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

Por ENRIQUE LINDE PANIAGUA
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. Introducción. - II. La amnistía en la Constitución. - III. El indulto particular en la Constitución. - III.1. La elaboración del artículo 62,i de la Constitución. - III.2. Los caracteres básicos de su régimen jurídico. - III.3. Iniciativa popular y prerrogativa de gracia. III.4. Prerrogativa real de gracia y responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno.

I. INTRODUCCION

Durante la transición a la democracia pocas palabras han ocupado un lugar tan preponderante como las de amnistía e indulto, y no podía ser menos, porque estas técnicas son imprescindibles cuando se quiere en mayor o menor medida rectificar, liquidar o aminorar los efectos de una política que ha dejado de compartirse. Por lo que puede afirmarse, en consecuencia, que una sociedad deja de estar enferma política y socialmente o, dicho de otro modo, encuentra el camino de la estabilidad cuando deja de oírse la reivindicación de la amnistía y del indulto general.

Pero en este lugar, lejos de hacer una prospección sobre si hemos o no entrado en una era de estabilidad política, sin duda esperada y deseable, vamos a analizar el tratamiento que la amnistía y el indulto han recibido en la Constitución.

Puede constatarse, no sin cierta sorpresa, que durante el largo proceso de elaboración del texto constitucional, la atención que prestaron los grupos parlamentarios, diputados y senadores al tema fue prácticamente inexistente, a excepción de las enmiendas presentadas por el Grupo Mixto del Congreso en cuya redacción tuve la oportunidad de intervenir, a las que prestaremos atención más

adelante. Sin embargo, en líneas generales, el tratamiento que los citados institutos reciben en la Constitución, y por comparación a otros ordenamientos constitucionales, no deja de ser estimable, si bien como pondremos de manifiesto no hubiera sido difícil, sin modificar las coordenadas en que ha tenido lugar la elaboración de la Constitución, dar una regulación más satisfactoria.

El objeto de este trabajo se circunscribe, por consiguiente, al análisis de los caracteres esenciales de la amnistía y del indulto particular, sin entrar en los múltiples problemas que plantean los regímenes jurídicos de uno y otro instituto, (1) cuya clarificación no será posible sino como resultado de la ley que regule el indulto particular y la jurisprudencia que en los distintos órdenes verse sobre las distintas manifestaciones de la clemencia.

II. LA AMNISTIA EN LA CONSTITUCION

La Constitución española no hace referencia expresa alguna a la amnistía. Se trata, por consiguiente, de averiguar las consecuencias jurídicas que de la referida omisión se derivan.

Nuestra historia constitucional no es homogénea en este punto, ya que junto a las Constituciones de 1869 y 1931 (2) que se refieren a la amnistía, el resto silencian la institución. Sin embargo, la ausencia de tratamiento no tiene en todos los supuestos las mismas repercusiones ni puede valorarse del mismo modo, dado que sus diferentes regímenes jurídicos vienen determinados por distintos ordenamientos Constitucionales. De modo que, pese a tener la omisión a

(1) Este trabajo lo afrontamos desde las conclusiones obtenidas en otros anteriores sobre la amnistía y el indulto, de modo y manera que para evitar la reiteración de sucesivas remisiones a lo largo del texto, nos permitimos indicar en este lugar nuestro punto de partida, a saber: *Amnistia e Indulto en España*, Ed. Tucur, Madrid 1976; *La Clemencia en Italia: Amnistia e Indulto*, en «Revista de Administración Pública», núm. 79, enero-abril, 1976; *Amnistia y conflictos sociales en la historia de España*, en «Tiempo de Historia», núm. 26, 1977; *Amnistia, control de constitucionalidad y responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 16, enero-marzo, 1978; *La revisión de oficio de las sanciones administrativas de los indultos de 5 de diciembre de 1975 y 3 de mayo de 1977*, en «Revista de Administración Pública», núm. 85, enero-abril, 1978; y *El régimen jurídico de los partidos políticos en España* (el epígrafe titulado: La supresión de los efectos resultantes de la legislación relativa a los partidos políticos) en el libro colectivo «Los partidos políticos en España» Ed. Labor, Barcelona 1978.

(2) La Constitución española de 1 de junio de 1869 se refiere a la amnistía en el artículo 74,5, que dice así: «El Rey necesita estar autorizado por una ley especial... 5) Para conceder amnistías e indultos generales». Y la Constitución de 9 de diciembre de 1931 decía en su artículo 102: «Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento.»

Por lo que se refiere al derecho comparado pueden ponerse como ejemplo de Constituciones que contemplan la amnistía, la italiana en su artículo 79, la francesa en su artículo 34 y la portuguesa en su artículo 164.

que nos referimos su antecedente inmediato en las leyes Fundamentales (3), de las que como veremos se ha tomado la terminología que se utiliza en la Constitución para denominar al indulto particular, la significación en uno y otro supuesto son claramente diferentes.

Si, como decíamos, es evidente que no existe en nuestra Constitución pronunciamiento expreso que permita conceder amnistias, no es menos cierto que no existe precepto alguno que prohíba su concesión. Más precisamente, (y partiendo de la concepción de la amnistía que la caracteriza como la técnica que supone *la derogación retroactiva (transitoria o definitiva) de normas sancionadoras*), de lo dispuesto en el artículo 9,3 a saber que: «La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...», se deduce, en sentido contrario, que la Constitución permite que se dicten disposiciones, en el ámbito sancionador, de carácter favorable, por consiguiente que se concedan amnistias.

Por otra parte hay que decir, que a lo largo de la elaboración del texto constitucional sólo se presentó una enmienda en el Congreso (ninguna en el Senado) que postulara la inclusión de la amnistía de modo expreso en la Constitución. Nos referimos a la enmienda interpuesta por el Grupo Mixto (núm. 504) en relación al texto del artículo 58 (ahora 66), y decía así: «*Las Cortes Generales*, que representan al pueblo español, ejercen la potestad legislativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el título VIII, *otorgan amnistías*, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución». Esta enmienda, en la línea de lo dispuesto por el artículo 102 de la Constitución de 1931, fue desde un principio desestimada por la Ponencia (Vid. el *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 82 del 17 de abril de 1978) sin que fuera sostenida por el Grupo Mixto en lo sucesivo. Sin embargo, la mención a la amnistía en la forma que la citada enmienda solicitaba (o en otra), hubiera servido para clarificar los perfiles de esta técnica que ahora se presentan un tanto ensombrecidos.

La opción que la citada enmienda contenía consistía en radicar de modo exclusivo en el Parlamento el poder de amnistiar, por considerar que la trascendencia que la utilización de la técnica lleva implícita (como ha podido verificarse estos últimos años de transición a la democracia) hace aconsejable que sólo pueda ser utilizada por el órgano que representa al pueblo español.

(3) La Ley Orgánica del Estado establecía en su artículo 6 como una de las competencias del Jefe del Estado el ejercicio de la «prerrogativa de gracia», lo que no tiene precedentes en nuestro derecho constitucional en que desde la Constitución de Cádiz (art. 171,13) se hace referencia a la citada manifestación de la clemencia con el término «indulto». Sin duda la terminología utilizada por la Ley Orgánica del Estado es anterior a la Constitución de 1869 en que desaparece la palabra «prerrogativa» hasta la recepción por la Ley Orgánica del Estado y, ahora, sorprendentemente, en la Constitución de 1978.

El caso es por el contrario, que, el régimen jurídico de la amnistía aun en sus perfiles básicos hay que inducirlo de la Constitución, una vez convenido que su concesión es posible.

En primer lugar es preciso determinar el órgano competente para otorgar amnistías, a cuyo efecto vamos a partir del concepto de amnistía antes enunciado, a saber «técnica que hace posible la derogación retroactiva de normas sancionadoras». Pues bien, con arreglo al principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9,3 de la Constitución, la derogación de una norma sancionadora sólo puede tener lugar por otra norma de igual o superior rango. Es decir, que la amnistía sólo podrá concederse mediante el vehículo de la norma, por consiguiente la concreción del sujeto que puede concederlas dependerá de la averiguación del órgano que pueda establecer sanciones.

Al respecto, dispone el artículo 25,1 de la Constitución que: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Lo que significa consagrar el principio de «legalidad sancionadora». Efectivamente, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 25,1, no cabe imponer sanción alguna por acciones u omisiones que constituyan «delito, falta o infracción administrativa», si previamente no se han tipificado como tales «según la legislación vigente en aquel momento», de lo que se deduce claramente que sólo la legislación puede tipificar que acciones u omisiones son «delito, falta o infracción administrativa» y en virtud de ello establecer sanciones.

El problema radica ahora en determinar el significado específico del término «legislación», en el sentido de si debe entenderse como «ley» en sentido estricto, o en sentido amplio como cualquier norma jurídica, y en el primero de los supuestos si se está haciendo referencia a ley de Cortes o a rango de ley.

Lo cierto es que, como en tantas otras ocasiones, debiera haberse utilizado el término de «ley» y no el de «legislación» que podría prestarse a ser interpretado, como decíamos, en el sentido de que está referido a las leyes y otras disposiciones normativas, y por consiguiente deducirse la posibilidad de tipificar sanciones a través de normas reglamentarias. No obstante, parece lógico inclinarse por considerar que el artículo 25,1 ha consagrado el principio de legalidad sancionadora, esto es que sólo por ley puede establecerse la tipificación de delitos, faltas e infracciones administrativas y las sanciones correspondientes a las mismas. Problema diferente es el de qué órganos pueden «imponer» las sanciones «establecidas por la ley», que inicialmente queda resuelto por el artículo 25,3 de la Constitución, en cuanto que la Administración seguirá siendo competente para imponer sanciones salvo cuando «directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Conviene precisar, por tanto, que la concesión de amnistías se puede

corresponder en su caso con el órgano competente para «establecer» sanciones, pero en ningún supuesto con el encargado de «imponerlas», en razón a que la amnistía supone en el otorgante el poder legislativo que es indelegable. Por otra parte, y en razón a los términos en que se expresa el referido artículo 25,1, la amnistía no se circunscribe al ámbito penal sino al entero ordenamiento sancionador.

Con ello nos hemos aproximado al núcleo de nuestra averiguación, por cuanto, si parece indudable que pueden concederse amnistías y que esto sólo puede tener lugar por ley, (ya que sólo la ley puede imponer sanciones y por consiguiente sólo la ley puede amnistiar a los sancionados derogando con carácter retroactivo, definitiva o transitoriamente, leyes sancionadoras), es preciso ahora determinar si hay que entender «ley» en el sentido de ley de Cortes o de rango de ley y además si están o no excluidas las leyes de las Comunidades Autónomas.

En lo referido al primero de los problemas, esto es, si se está haciendo referencia a ley de Cortes o a rango de ley, inicialmente partimos de la insuficiencia, que hemos puesto de manifiesto, del artículo 25,1 de la Constitución. Sin embargo, el artículo 53,1 resuelve la duda planteada, en cuanto que si su contenido a saber: «*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...*», se interpreta generosamente (—porque en rigor al contenido del citado artículo 25,1 no puede calificársele de ejercicio de un derecho—) podría concluirse que se ha querido reservar a la ley de Cortes el entero contenido del Capítulo segundo del Título I de la Constitución.

Mas, lo que resulta evidente es que la amnistía se ha excluido expresamente del ámbito de la legislación delegada, al disponerse en el artículo 83,b que las leyes de bases no podrán en ningún caso «facultar para dictar normas con carácter retroactivo», es decir, amnistías, entre otras. Y el artículo 86,1 al indicar el ámbito en que los decretos-leyes no pueden entrar, menciona «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I», por consiguiente si por decreto-ley no se puede entrar a regular delitos, faltas o infracciones administrativas, tampoco puede ser vehículo de concesión de amnistías, a diferencia de lo que ocurrió en la etapa histórica presidida por las Leyes Fundamentales.

El problema se circunscribe ahora, por último a determinar el alcance de la reserva de ley del artículo 53,1, es decir, si las Leyes de las Comunidades Autónomas pueden otorgar amnistías, lo que exige analizar el sistema de competencias que se atribuyen por la Constitución al Estado y a las Comunidades Autónomas. Efectivamente, si partimos de que las Comunidades Autónomas conforme se deduce del artículo 153,a) de la Constitución pueden dictar disposiciones normativas con fuerza de ley, a las que denominaremos leyes de las Comunida-

des Autónomas, salvo que el derecho sancionador estuviera reservado a las Cortes, interpretando tal y como antes señalábamos el artículo 53,1, aquéllas podrían establecer sanciones y, consecuentemente, en ausencia de prohibición expresa de la Constitución, conceder amnistías.

En el artículo 149,1,6º se establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la legislación penal». Lo que significa, entendemos, que se ha querido establecer la reserva en favor de las Cortes en materia «penal», es decir, el ámbito sancionador circunscrito por el Código Penal y las Leyes penales especiales, del que se excluye el conjunto estricto de las sanciones administrativas. Esto significaría, que el conjunto de delitos y faltas del Código penal y de las leyes penales especiales a partir de la Constitución sólo es competente para establecerlo las Cortes mediante ley, mientras que las Comunidades Autónomas podrían imponer sanciones administrativas en las materias cuya legislación asuman, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149,3 en relación con el 148,1. No creemos, de otra parte, que el Estado pueda dictar leyes-marco del artículo 150,1, en esta materia, ya que como hemos sostenido en otro lugar (4) las leyes marco sólo habilitan a las Comunidades Autónomas para dictar normas reglamentarias a través de las cuales no es posible, conforme hemos convenido, establecer sanciones.

De este modo podría sostenerse que la legislación penal corresponde a las Cortes Generales, mientras que la legislación sancionadora de carácter administrativo puede corresponder a las Cortes o a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias legislativas. En consecuencia, en los ámbitos señalados en que son competentes para sancionar lo serán para conceder amnistías, a salvo de que las Cortes mediante leyes de principios armonizadores de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas (art. 150,3 de la Constitución) impongan limitaciones al ejercicio de la facultad de amnistiar en virtud de la aplicación del principio de igualdad consagrado por el artículo 1.º de la Constitución.

Por otra parte, de lo que llevamos dicho, se deduce que la amnistía es una facultad de los órganos legislativos de cuyo ejercicio está excluido por principio el Gobierno y la Administración.

Los anteriores suponen los trazos básicos del régimen jurídico de la amnistía en la Constitución que se integran por la determinación de los órganos y forma en que puede concederse esta modalidad de la técnica más genérica de la clemencia. Quedan por consiguiente indeterminados los límites y alcance así como el sistema de aplicación que deberán establecer las leyes de amnistía que se otorguen, de conformidad con los caracteres esenciales del instituto, que resultan del

(4) Vid. en este punto «Ley y reglamento en la Constitución», en libro colectivo *Lecturas sobre la Constitución española I*, editado por la UNED, Madrid 1978, págs. 259-260.

análisis que hemos llevado a cabo, y de acuerdo con el sistema de principios que informan el ordenamiento constitucional español, entre los que cabe destacar el de igualdad. Con ello queremos significar que la constitucionalidad de la amnistía no depende exclusivamente de que cumpla los requisitos que establece la Constitución que, como hemos señalado, se prestan a interpretaciones diferentes sino que además será preciso que el régimen jurídico que en cada ley de amnistía se contenga no vulnere la Constitución en su conjunto.

En último término cabe mencionar que el artículo 87,3 viene a establecer que la iniciativa popular en materia legislativa no procederá en lo relativo a la prerrogativa de gracia, lo que no obstante su tenor literal, como veremos, debe interpretarse en el sentido de que a través de la iniciativa popular no es posible proponer la concesión de amnistías, tema cuya resolución precisa el tratamiento previo del indulto, razón por la que lo trataremos más adelante.

III. EL INDULTO PARTICULAR EN LA CONSTITUCION

La Constitución, con dudosa fortuna, se ha referido en tres de sus artículos a la clemencia, con la denominación «derecho de gracia» en el artículo 62,i, «prerrogativa de gracia» en el artículo 87,3 y «prerrogativa real de gracia» en el artículo 102,3. El primero de ellos contiene los caracteres básicos de la institución del indulto, mientras los otros dos suponen sendas limitaciones.

Vamos seguidamente a analizar el artículo 62,i para en segundo término prestar atención a las prohibiciones de los artículos más atrás citados.

III.1. La elaboración del artículo 62,i de la Constitución

La Ponencia Constitucional, elegida en el seno de la Comisión Constitucional Provisional creada por acuerdo del Congreso de 27 de julio de 1977, finalizaba sus trabajos preliminares a finales de diciembre de 1977, publicándose el 5 de enero siguiente el Anteproyecto de Constitución en el Boletín Oficial de las Cortes, que decía así en su artículo 54,h: «Corresponde al Rey:... h) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley». Texto al que tan sólo formuló voto particular el Grupo de Socialistas del Congreso, que frente a la redacción de la Ponencia proponía que el apartado h) del citado artículo dijera: «Ejerce el derecho de gracia» (vid. el *B.O.C.* de 5 de enero de 1978, núm. 44, pág. 716, en que se modificaba la cabecera del art. 54, que se numeraba como 51 y decía: «Corresponde también al Jefe del Estado» y se ordenaba con la letra g el contenido de la letra h del texto de la Ponencia).

Al citado texto de la Ponencia sólo se presentó una enmienda, la número 503, suscrita por el Grupo Mixto, cuya redacción decía así: «Corresponde al Rey, con arreglo a la Constitución y a las leyes:... j) Conceder indultos particulares a propuesta del Presidente del Tribunal Supremo.»

Como es sabido, en virtud de las enmiendas presentadas por los diputados y grupos parlamentarios, la Ponencia volvió a reelaborar el texto inicial del Anteproyecto lo que junto al Informe emitido para explicar la acogida o rechazo de las enmiendas presentadas fue publicado el 17 de abril de 1978 (*B.O.C.* núm. 82, pág. 1.555) y decía así en relación a la enmienda presentada por el Grupo Mixto: «La Ponencia no aceptó en su integridad esta enmienda, pero sí su sustancia, agregando al texto originario existente la precisión de que se prohiban los indultos generales (5)». Efectivamente la nueva redacción propuesta para el artículo 57 (antes 54) decía: «Corresponde al Rey:... i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley. Se prohíben los indultos generales.»

El debate del artículo que ahora nos ocupa en la Comisión del Congreso fue escasamente controvertido. Tan sólo intervino el diputado Martín Oviedo, que después de manifestar que compartía la prohibición de indultos generales, estimaba que la redacción estaba precisada de clarificación. Concretamente proponía que después del primer punto del texto de la ponencia «Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley», se dijera «la cual no podrá autorizar indultos generales», pues el citado diputado estimaba que «Así parece que la prohibición debe referirse a la ley más que al ejercicio del derecho de gracia por parte del monarca, que son las facultades que estamos regulando en el artículo 57». Aprobándose la enmienda propuesta (6) por 23 votos a favor y 13 abstenciones

(5) La prohibición de indultos generales tiene dos antecedentes en nuestra historia constitucional, a saber la Constitución no promulgada de 1856 en su artículo 52,10º y la Constitución de 1931 en su artículo 102. Por otra parte la Constitución de 1869 equiparó la amnistía al indulto general para cuya concesión; exigía que el Rey estuviera autorizado por una ley especial. Hay que señalar que raramente en derecho comparado se encuentran referencias explícitas al indulto general a excepción de la Constitución italiana que se refiere al mismo en su artículo 79 en donde recibe el mismo trato que la amnistía.

(6) Más precisamente se puede señalar que momentos antes de pasarse a votación la enmienda *in voce* de Martín Oviedo fue retirada por el portavoz de UCD en el Congreso (Pérez Llorca), lo que determinó que el diputado Fraga la asumiera como suya, «por entender que mejoraba el estilo». Momento en el que tras breve desconcierto de los diputados ucedistas que solicitaron una pausa, el diputado Fuejo volvió a presentar como enmienda *in voce* la primitiva enmienda del Grupo Mixto, contra la que Fraga expresó lo siguiente en su turno de intervención: «La concesión de los efectos del derecho de gracia evidentemente tiene que ver no sólo con problemas de justicia, sino con problemas políticos en muchos casos. Por tanto, la propuesta debe ser la normal en régimen parlamentario. Entendemos que la buena intención de esta enmienda está clara, pero gracia y justicia, ambas tienen que ver con la política. La justicia debe ser totalmente delegada a los Tribunales. Por tanto, pido que no se vote la enmienda, bien intencionada, del señor Fuejo». A continuación el portavoz de UCD entendió que la enmienda por ellos presentada y después retira-

(*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 76, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión núm. 13, celebrada el 30 de mayo de 1978, págs. 2.762-2.763 y págs. 2.766-2.767). De modo que la redacción que se daba al artículo 57,i (*B.O.C.* de 1 de julio de 1978, núm. 121) decía: «Corresponde al Rey:... i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, la que no podrá autorizar indultos generales.»

Posteriormente y sin debate alguno, el Pleno del Congreso aprobó el texto de la Comisión por 257 votos a favor, 2 abstenciones y un voto nulo (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 108, Sesión plenaria, núm. 37 del 12 de julio de 1978, pág. 4.175 y el *B.O.C.* núm. 135 de 24 de julio de 1978 que redacta el artículo 57,1 con arreglo a la propuesta de la Comisión.)

Comunicado el Proyecto de Constitución al Senado y abierto el período para la presentación de enmiendas se formularon dos en relación al citado artículo 57,i. La primera de ellas iba firmada por L. M. Xirinacs i Damians del Grupo Mixto del Senado (núm. 492) y decía así: «Corresponde al Presidente de la Confederación:... i) Ejercer el derecho de gracia de acuerdo con la ley» (7), redacción coincidente con el voto particular que el Grupo Socialista del Congreso formulara a la primitiva redacción dada por la Ponencia publicada en el *B.O.C.* de 5 enero de 1978, a salvo del encabezamiento del artículo que para los Socialistas debía hacer referencia escuetamente al Jefe del Estado y para el senador Xirinacs al Presidente de la Confederación por el postulado. De otra parte, los Socialistas del Senado daban al artículo 57,1 en la enmienda núm. 1.058, una nueva redacción consistente, simplemente, en suprimir la palabra «la», de modo que la redacción del citado apartado del artículo 57 dijera: «Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales». En la Comisión del Senado sólo se defendió esta última enmienda que fue aprobada por unanimidad (*Diario de Sesiones del Senado*, núm. 47, Comisión de Constitución, sesión núm. 9, celebrada el 31 de agosto de 1978, pág. 2.168 y *B.O.C.* núm. 157, de 6 de octubre de 1978, en que se numera el artículo 57 como 61). Seguidamente en el Pleno del Senado se aprobó el artículo 61,i conforme a la redacción, dada por la Comisión sin debate alguno, (en lo referido exclusivamente al apartado i) por 157 votos a favor, dos en contra y cuatro abstenciones (*Diario de Sesiones del Senado*, núm. 62, Sesión plenaria núm. 36, celebrada el 29 de septiembre de 1978, pág. 3.102 y *B.O.C.* núm. 161, de 13 de octubre de 1978). Por último el citado artículo pasó sin modificación alguna en la redacción

da, mantenía su vigencia y el diputado Fuejo retiró la por él presentada. (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 76, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 13, celebrada el 30 de mayo de 1978, págs. 2.766-2.767.)

(7) El senador Xirinacs retiró su enmienda sin defenderla previamente (*Diario de Sesiones del Senado*, núm. 47, Comisión de Constitución, sesión núm. 9 de 31 de agosto de 1978, pág. 2.159.)

y con el número 62,i al texto elaborado por la Comisión Mixta (B.O.C. núm. 170 de 28 de octubre de 1978) definitivamente aprobado por los Plenos de ambas Cámaras el 31 de octubre de 1978 y posteriormente refrendado por el pueblo español el 6 de diciembre del mismo año.

De la descripción del proceso de elaboración del «derecho de gracia» de la Constitución, se desprende que a partir de la aceptación parcial de la enmienda que en su día presentara el Grupo Mixto las únicas modificaciones que sufre el artículo se refieren tan sólo a la sintaxis del mismo. Vamos, por consiguiente, a prestar atención al significado de las redacciones básicas; la inicial de la Ponencia, la enmienda del Grupo Mixto y la redacción definitiva.

La redacción inicial de la Ponencia, a la que por toda modificación no se ha hecho finalmente sino añadir un nuevo párrafo (si bien es cierto, que modifica el sentido originario que la redacción tenía, como veremos), contenía una inadecuada denominación del indulto como «derecho de gracia» que en nuestro derecho constitucional tiene como antecedente la Ley Orgánica del Estado (8). Pero si en cualquiera de los casos, por si sola la citada expresión es escasamente significativa, en el contexto del Anteproyecto, en donde no se hacía referencia a la amnistía ni se mencionaban los indultos generales, «derecho de gracia» podía suponer, como el artículo 6 de la Ley Orgánica del Estado, la habilitación para conceder indultos generales tan difícilmente justificables por la arbitrariedad insita en su fundamento, que ha podido constatarse en su reiterada concesión a lo largo de las últimas décadas. Bien es cierto, que el ejercicio del «derecho de gracia» debía hacerse con arreglo a la Ley, lo que, sin embargo, lejos de ofrecer una solución, aplazaba una decisión cuya importancia parecía merecer la atención del texto constitucional.

La enmienda del Grupo Mixto tenía como primera finalidad limitar el instituto del indulto a los particulares excluyendo los generales, pero haciendo una formulación enteramente positiva de la facultad, es decir, indicando que el Rey puede conceder indultos particulares, habilitación positiva que al circunscribir la

(8) Efectivamente, desde la Constitución de Cádiz en cuyo artículo 171,3 se dice: «Le corresponde (al Rey) como principales las facultades siguientes:... 3) Indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes.» Esta redacción se repetirá en las Constituciones de 1837 (art. 47,3) de 1845 (art. 45,3) en la no promulgada de 1856 (art. 52,10º) de 1869 (art. 73,6) y de 1876 (art. 54,3) coincidencia que sólo quiebra en la Constitución de 1931 en cuyo artículo 102, en uno de sus párrafos, decía: «El Tribunal Supremo otorgará los individuales (se refiere a indultos) a propuesta del sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte». De otra parte la terminología utilizada al respecto por las constituciones vigentes en Italia (art. 87), Alemania (art. 60), Francia (art. 17 y 65) y Portugal (art. 137,1,e) no es en supuesto alguno asimilable a «derecho de gracia», «prerrogativa de gracia» o «prerrogativa real de gracia» que se emplea en nuestra Constitución, que sin embargo, hemos convenido debe entenderse escuetamente como «indulto particular», salvo la utilización que hace el art. 87,3 que hay que comprender como amnistía.

facultad del monarca excluía, sin necesidad de mención expresa, la técnica perfectamente diferenciada del «indulto general». Y esto se hacía en la conciencia de que el texto constitucional tenía que eludir en lo posible formulaciones negativas. Sin embargo, la asunción por la Ponencia de la finalidad perseguida por el Grupo Mixto, sin modificar la entera redacción del artículo, obligó a una formulación negativa en lo relativo a la concesión de indultos generales con una redacción poco satisfactoria que tuvo que ser modificada sucesivamente en dos momentos del proceso de elaboración del citado artículo.

Como decíamos más atrás, la redacción adoptada por la Ponencia, a resultas de la enmienda del Grupo Mixto, cambiaba el sentido de la primitiva redacción en cuanto que la Constitución sólo aceptaba el indulto particular mediante la denominación de «derecho de gracia» al añadir la expresa prohibición de los indultos generales, lo que a nuestro juicio significa una regulación, al margen de la terminología utilizada, altamente satisfactoria, en que culminan las aspiraciones entre nosotros casi centenarias de la doctrina abolicionista (9) del indulto general.

La definición del indulto particular, sin embargo, no va más allá, a salvo de las limitaciones que contienen los artículos 87,3 y 102,3 a que más adelante nos referiremos, lo que significa que la ley referida a este instituto puede regular con entera libertad los distintos aspectos de su régimen jurídico, a no ser que siga vigente la más que centenaria «Ley de ejercicio de la gracia de indulto» que fuera publicada con carácter provisional el 18 de junio de 1870 y que ha llegado hasta nuestros días, entre otras razones por sus muchas excelencias que no excluyen, entendemos, que esté precisada de algunas modificaciones. Si bien, no vamos a anticiparnos a la función del legislador, parece oportuno enunciar en este lugar cuáles sean las grandes opciones posibles a los efectos de configurar el régimen jurídico del indulto particular.

Para ello es preciso enunciar sucintamente el concepto de indulto particular, que a nuestro entender se podría resumir como: el acto mediante el que se atenúa o extingue la pena o sanción impuesta y otros efectos, sin que ello implique modificación alguna del ordenamiento sancionador que se aplicó al sancionado, ni se rectifique por circunstancia alguna la calificación que merecieron las acciones u omisiones que determinaron la imposición de la correspondiente sanción, encontrando fundamento la concesión del indulto particular en razones de justicia, o conveniencia pública con arreglo a lo dispuesto en nuestra centenaria Ley de indulto particular.

Pues bien, las opciones posibles a los efectos de la futura configuración del

(9) Permitásenos recordar en este lugar a Concepción de Arenal como representante más destacada del pensamiento abolicionista.

indulto particular son precisamente las que contempla la citada ley de 1870, a saber: como un instrumento más para administrar justicia; o para ser utilizado por razones políticas cuando la conveniencia pública lo demande, o comprendiendo ambas modalidades como estipula la ley de 1870. Parece indudable que la realización de la justicia debe ser una de las causas tipificadas necesariamente como determinante de la concesión (10), lo que se desprende incluso directamente de la Constitución en su artículo 25,2 del que se extrae que la finalidad fundamental (desde luego de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad a que se refiere expresamente el citado artículo) de la sanción es la reeducación y reinserción del sancionado, si bien pueda también tener otras finalidades que deberán calibrarse en cada caso. De lo que se deduce que cuando el fin de la sanción sea el de reeducar al sancionado y esto se presume se ha conseguido antes del cumplimiento total de la sanción, parece evidente que procederá indultarlo. En consecuencia, puede afirmarse también, si el único fundamento del indulto fuera la realización de la justicia, que en ningún caso podría concederse contra la finalidad perseguida mediante la sanción. Precisamente la recepción de la causa de «conveniencia pública» como determinante de la concesión del indulto no sólo no significa un añadido o ampliación de la «realización de la justicia», sino que desfigura esta última, en cuanto que la apreciación de la conveniencia pública por una instancia política —el proponente del indulto particular en la ley de 1870 es el Ministro de Justicia— contradice necesariamente la finalidad de la sanción impuesta que se indulta.

Evidentemente la Constitución no se ha pronunciado expresamente sobre los caracteres del indulto particular, como pretendía la enmienda tantas veces citada del Grupo Mixto, en que se venía a residenciar en el Presidente del Tribunal Supremo la competencia de proponer indultos. Por consiguiente, considerando que había que residenciarlo en la actividad judicial de la que en consecuencia había que excluir todo fundamento que no fuera la administración de justicia, que sólo debe corresponder a los Tribunales sin interferencias del ejecutivo. Esta postura, era además consecuente con la atribución en exclusiva a los Tribunales de la competencia para imponer sanciones, excluyendo de la misma a la Administración, lo que no se ha verificado en la Constitución, en cuanto que además

(10) La futura ley de indulto particular, o bien el propio Código penal, deberá diferenciar con claridad el indulto particular de otras técnicas que deben conferirse a los Tribunales capaces de aminorar o suspender la ejecución de las penas durante su cumplimiento o más precisamente desde su imposición. De otra parte debería subsistir la técnica que recoge en la actualidad el art. 24 del Código penal, que podíamos denominar indulto automático de carácter general en el sentido allí indicado, es decir que las leyes penales tienen efectos retroactivos cuando favorecen al reo de un delito o falta, técnica que debería regularse con carácter general en lo relativo a las sanciones administrativas.

de los Tribunales puede imponer sanciones la Administración, de modo que junto al Presidente del Tribunal Supremo debería situarse, en lógica consecuencia, como proponentes del indulto al Presidente del Gobierno o a los Ministros correspondientes en el ámbito de su competencia sancionadora.

A nuestro juicio y pese a no haberse pronunciado expresamente la Constitución, la historia del indulto particular proporciona datos suficientes como para inclinarse hacia una configuración del mismo como una manifestación más de la administración de justicia vaciada de todo contenido político.

Uno de los aspectos del régimen jurídico del indulto particular que tiene a nuestro entender mayor interés es el del ámbito material al que hace referencia, que a mi juicio, tal y como pusimos de manifiesto al tratar la amnistía, es a partir de la Constitución el entero ordenamiento sancionador. Precisamente, éste es uno de los aspectos tratados deficientemente por la ley de 1870 —y no podía en su momento serlo menos— que deberían subsanarse en la futura regulación, a saber que debiera garantizarse jurídicamente —aún con los matices necesarios— que tanto los indultos en el marco del Código penal y leyes penales especiales, como los indultos de sanciones administrativas se concedan previo procedimiento que tienda a la consecución de la finalidad que persigue, del que estuviera excluido la arbitrariedad e imposibilitado el tratamiento desigual.

Como decíamos, la ley que en su caso regule el indulto particular no tiene establecidos límites previos en la configuración del régimen jurídico. Sin embargo, y teniendo en cuenta que los actos del Jefe del Estado precisan ser refrendados para que tengan validez (art. 56,3 en relación con el 64 de la Constitución), se deduce que el Rey no podrá de *motu proprio* conceder indultos sino que necesariamente esto dependerá de que le sean propuestos de acuerdo con la ley. La cuestión radica, entonces, en determinar si el Jefe del Estado debe necesariamente conceder los indultos que le sean propuestos conforme a la ley (acto debido) o si puede denegar la concesión. A mi entender, la firma del Jefe del Estado debe considerarse como un acto debido ya que la responsabilidad en la concesión del indulto particular compete de modo exclusivo al proponente conforme se establece en el artículo 64,2 de la Constitución, lo que no descarta controles ejercidos por los Tribunales en el momento de la aplicación.

III.3. Iniciativa popular y prerrogativa de gracia

El artículo 87,3 establece la prohibición de que la iniciativa popular sea utilizada para presentar proposiciones de ley «en lo relativo a la prerrogativa de gracia». En primer término, y para entrar a valorar el contenido de la prohibición, es preciso determinar qué es lo que se ha querido prohibir, porque las palabras utilizadas en el conjunto del artículo se prestan a confusiones.

De una parte, a diferencia del artículo 62,i en que se denomina al indulto particular como «derecho de gracia», aquí se utiliza la expresión «prerrogativa de gracia», lo que podría hacer pensar que se está haciendo referencia a algo distinto del indulto particular. La duda de que se esté haciendo referencia a una institución diferente al indulto particular, viene además determinada en razón a que se contempla en el artículo 87,3 que regula la iniciativa popular en materia legislativa, lo que unido a que están prohibidos por el artículo 62,i los indultos generales y siendo evidente que el indulto particular no tiene nada que ver con la potestad legislativa, parece que difícilmente puede aplicarse la prohibición del artículo 87,3 a los indultos particulares.

Parece lógico, en consecuencia, que la referida prohibición no pueda entenderse referida a los indultos particulares que por principio están excluidos de la competencia de las Cortes, sin embargo, en la obtención de esta conclusión no colabora en modo alguno el inexistente debate en relación a la citada prohibición a lo largo del laborioso procedimiento de elaboración de la Constitución.

Al parecer la mención que el citado artículo 87,3 hace a la «prerrogativa de gracia» hay que comprenderla referida a la amnistía que como vimos es una técnica que se residencia en el poder legislativo. De modo que hay que entender que mediante la iniciativa popular en materia legislativa se prohíbe presentar proposiciones de ley que contengan la amnistía.

Si bien es cierto, que las repercusiones de la utilización de la terminología «prerrogativa de gracia», una vez convenido que hay que leer en su lugar «amnistía», tiene escasas repercusiones, no por ello deja de ser criticable, ya que en el marco de una Constitución democrática, en la que todos los poderes por principio emanan del pueblo soberano, ni los órganos ni las personas tienen «prerrogativas» sino que el poder tiene su origen en la Constitución.

Mas, de otra parte, la prohibición a que nos referimos tiene escasa justificación, porque la proposición de ley que en su caso al menos 500.000 electores presentaran al Congreso no presupone resultado alguno favorable que explicara la cautela. Lo cierto es que no faltaron voces de varios signos que pidieran la supresión de la limitación aunque con escaso éxito (11).

(11) La redacción del artículo 87,3 no ha sufrido modificación alguna a lo largo del proceso de elaboración de la Constitución conservando la que diera la Ponencia en el primero de los textos del Anteproyecto de Constitución. Cabe destacar, sin embargo, que fueron varias las enmiendas que tanto en el Congreso como en el Senado pidieron la supresión de las limitaciones que al ejercicio de la iniciativa popular contiene el citado artículo, efectivamente coincidieron en solicitar la supresión de las limitaciones el Grupo Mixto (enmienda núm. 525) el diputado Carro (enmienda núm. 2) y UCD (enmienda núm. 779) entre otros en el Congreso, sin embargo, no fueron posteriormente defendidas ni ante la Comisión ni en el Pleno del Congreso, si bien puede constatarse que el artículo 87, en su apartado tres fue ampliamente debatido en lo concerniente a consagrar a nivel constitucional la iniciativa popular en materia legislativa. Otro tanto puede decirse por cuan-

III.4. Prerrogativa real de gracia y responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno

El artículo 102,3 de la Constitución (12) ha venido a establecer una limitación al ejercicio del «derecho de gracia» que en el citado artículo denomina «prerrogativa real de gracia», que no es aplicable ni al Presidente ni demás miembros del Gobierno, cuando incurran en responsabilidad criminal (13). Al margen de la crítica que puede hacerse a la terminología utilizada, la prohibición establecida está sin duda justificada en el marco de la Constitución española, por varias razones. De una parte porque sería incongruente que el Gobierno o alguno de sus miembros pudieran ser a la vez proponentes y beneficiarios de un acto de clemencia, como podría ocurrir de seguir vigente la Ley de indulto particular (el indulto es propuesto por el Ministro de Justicia previa deliberación del Consejo de Ministros), y no hay indicios en la Constitución que hagan suponer que el sistema de propuesta vaya a ser modificado. Mas de otra parte, hay que integrar el juicio anterior en el sistema de relaciones entre el Jefe del Estado y los miembros del Gobierno, que se instrumenta alrededor de la técnica del refrendo. De modo que resultaría desprovisto de sentido establecer que la validez de los actos del Rey dependen de que sean refrendados, en lo que supone el endoso de responsabilidad a los miembros del Gobierno (arts. 56,3 en relación con el 64), si fuera posible en última instancia eludir la responsabilidad contraída, mediante un indulto propuesto por el Gobierno y otorgado por el Rey.

to al Senado, se presentaron varias enmiendas en relación al artículo, que fue muy debatido, sin que en ningún momento se hiciera referencia expresa a las limitaciones que se imponían a la citada modalidad de iniciativa legislativa.

(12) El artículo 102,3 no sufrió modificación alguna a lo largo del proceso de elaboración de la Constitución, más aún no fue debatido a ningún nivel. Por cuanto a la presentación de enmiendas sólo pueden constatarse una del Grupo Mixto del Congreso o (enmienda 537) que consistía simplemente en armonizar la terminología con la del artículo (enmienda al mismo) 62,i en donde se introducía la expresión «indulto particular» en vez de «prerrogativa real de gracia» y de otra parte una enmienda del senador Xirinacs que se limitaba a suprimir de la redacción del citado artículo la palabra «real».

(13) En nuestro derecho constitucional no existe ningún antecedente a esta limitación expresada en términos de prohibición con que tiene lugar en nuestra Constitución. Sin embargo, el artículo 90 de la Constitución de 1869 limitaba la concesión del indulto por el rey a sus ministros en el sentido de que: «Para que el rey indulte a los ministros condenados por el Senado ha de preceder petición de uno de los cuerpos Colegisladores.»