

## EL DEBATE SOBRE EL INDULTO Y LA PENA DE MUERTE

José Miguel SERRANO RUIZ-CALDERÓN  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho (UCM)  
direcciona@ieb.es

### RESUMEN

*El pensamiento ilustrado atacó tanto el derecho de gracia del soberano como la aplicación de la pena de muerte. Sin embargo, por un lado aceptó la aplicación de la citada pena como medio de defensa social del orden republicano, por otro, y en las fases de oposición política, los progresistas, ya en el xix, defendieron la aplicación de la gracia para conmutar la pena de muerte. La desconfianza ante el derecho de gracia llevó a su derogación en las fases revolucionarias, pero es muy significativo que dicha prohibición no se prolongó en el tiempo, probablemente por los beneficios políticos que se derivan de dejar sin aplicación ciertas sentencias condenatorias. Contra el abuso de este medio la legislación española, singularmente en los periodos progresistas del siglo xix, tomó una serie de medidas que se han visto abandonadas en el transcurso del siglo xx, hasta llegar a la situación actual.*

*Palabras clave:* Derecho de gracia, soberanía, Ilustración, progresismo, pena de muerte.

### ABSTRACT

*Illustrated thought attacked the sovereign's right to grant pardons as much as the application of the death penalty. Nevertheless, on one hand it accepted the application of that form of punishment as a means of defending the social order of the republic. And, on the other hand, during periods of political opposition, even in the 19th century progressives defended the granting of pardons to commute death penalty. Mistrust in acts of pardon brought about their derogation during revolutionary phases, but it is very significant that their prohibition was short lived. Most likely this was due to the political benefits gained from leaving certain convictions unfulfilled. The Spanish legislature in particular, adopted a series of measures against this abuse during the progressive periods of the 19th century which were subsequently abandoned during the course of the 20th century, leading to the present day situation.*

*Keywords:* Right of Pardon, sovereignty, Illustration, progressivism, death penalty.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Das aufgeklärte Denken grief sowohl das Recht auf Begnadigung der Souverän sowie die Anwendung der Todesstrafe an. Trotzdem wurde einerseits der Voll-*

*zug der Todesstrafe als soziales Verteidigungsmittel der republikanischen Ordnung akzeptiert und andererseits verfechteten die Progressivsten im 19. Jht. zur Zeit der politischen Opposition das Recht auf Begnadigung, um die Todesstrafe umzuwandeln. Das Misstrauen gegenüber der Begnadigung führte zu seiner Aufhebung in revolutionären Epochen, aber es ist sehr bedeutsam, dass dieses Verbot nicht von Dauer war, wahrscheinlich aufgrund des politischen Nutzens, der entsteht, wenn gewisse Strafurteile nicht vollzogen werden. Ausschließlich während der progressivistischen Epochen des 19. Jht. unternahm die spanische Regierung einige Maßnahmen, um den Missbrauch dieses Mittels zu verhindern. Allerdings wurden diese im Laufe des 20. Jht. aufgegeben, bis die heutige Situation erreicht wurde.*

*Schlüsselwörter:* Begnadigungsrecht, Souveränität, Aufklärung, Progressivismus, Todesstrafe.

**SUMARIO:** I. GRACIA: AMNISTÍA E INDULTO.—II. EL DEBATE HISTÓRICO EN EL XIX ESPAÑOL.—III. DIVISIÓN IZQUIERDA-DERECHA.—IV. EVOLUCIÓN ACTUAL.

Es difícil trazar reglas generales, realmente inmutables, en Derecho. En este sentido, el ideal geométrico que está inscrito en buena parte de las ansias reformadoras que impulsaron primero la reconstrucción iusnaturalista del racionalismo y luego los intentos progresistas respecto a la codificación encontró severas resistencias en la realidad jurídica, en la auténtica naturaleza de las cosas.

Cientos de años buscando el ideal de una ciencia jurídica han provocado efectos perturbadores, el Derecho sigue actuando como siempre, pero sus explicaciones resultan insatisfactorias, probablemente porque se les exigen condiciones que no pueden cumplir. Esto no significa, evidentemente, que no podamos observar constantes que se mantienen a lo largo del tiempo. A una de ellas nos vamos a referir en este trabajo. La Modernidad en general, y aún más la Edad Contemporánea, muestra una enorme desconfianza hacia la gracia, entendida como la facultad de perdonar del soberano. No es que, como en la proverbial clemencia de César, no se observen sus ventajas, aunque la calculada clemencia política de César tuvo sus costes, el principal que le mató Bruto, sino que resulta incompatible con el ideal político y legislativo que anima la contemporaneidad al menos desde los ilustrados. Así, una observación de las opiniones de los reformadores sí permite trazar una especie de regla general respecto a su actitud en el tema que nos ocupa. Con firmeza desde el siglo XVIII, y aún antes en opiniones no tan «filosóficas», se mantiene un rechazo sin matices respecto al

ejercicio del derecho de gracia, verdadera contradicción para los ideales de imperio de la ley, igualdad ante la misma y proscripción de toda arbitrariedad. Al mismo tiempo es apreciable, con los matices que se señalaran, una general aversión hacia la pena de muerte, que se expresa en la voluntad de suprimirla y al menos de modificarla para hacerla humanitaria. Por supuesto, estos ideales sufrirán el duro contraste con la realidad que se manifestará en diversas acomodaciones. La más relevante a los efectos de este estudio es la defensa de la gracia como medio fundamental de limitar los rigores de la pena de muerte. Es necesario, sin embargo, señalar que esas acomodaciones producirán extraordinarias paradojas, pues será casi una regla general que quienes se oponían a la venganza social de la pena de muerte en manos del poder real la aplicarán sin contemplaciones cuando llegue la hora de defender el propósito revolucionario frente a la reacción, hasta el extremo de derivar en el mismo sistema del terror. Por otra parte, la proscripción del derecho de gracia del soberano no perdurará nunca en el tiempo. En este fracaso práctico se unirán al menos dos causas. Por un lado, la necesidad de suavizar el furor represivo que acompaña el empeño de los progresistas de mantenerse en el poder, por otro, la observación del interés práctico de la capacidad del poder político de dejar sin efecto las sanciones previstas en las leyes y aplicadas por el judicial, al que la terminología aceptada tiende a llamar «poder» con cierta impropiedad si observamos la realidad de la mayoría de nuestros sistemas jurídicos históricos.

El debate, que se ha modificado notablemente en nuestros días, tuvo en nuestro siglo XIX una indudable altura, con argumentos hoy olvidados. A algunos de ellos nos referiremos en las páginas que siguen. Comenzaremos con una aproximación general al derecho de gracia, los argumentos que se han manejado contra el mismo, mucho más numerosos, por cierto, que los esfuerzos de justificarlo, para abordar finalmente las vinculaciones entre los debates sobre el derecho de gracia y los referentes a la pena de muerte. No me resisto, finalmente, a abordar algunas consideraciones sobre polémicos indultos de nuestra historia reciente.

## I. GRACIA: AMNISTÍA E INDULTO

La gracia se expresa, fundamentalmente, en la amnistía y en el indulto. Siendo la primera un acto del poder soberano que olvida el delito, generalmente político, por lo que perdona la falta, interrumpe el proceso y no aplica la pena. O como afirma Federico Puig Peña: «es aquella institución

por virtud de la cual el poder público, en razones de alta política, anula la relevancia penal de ciertos hechos extinguiendo las responsabilidades punitivas dimanantes de los mismos». Se trata, en sentido literal, de cubrir con un manto de olvido unas faltas, generalmente porque así lo exige la paz pública y la reconciliación nacional. O como dijo Silvela, se trata de una verdadera derogación transitoria de la ley. Es por ello que normalmente se expresa en una ley y su justificación se remite no a un acto singular de justicia material, sino al mantenimiento del mismo orden social, superando la referencia a la condición personal del condenado y a la justicia o injusticia de un acto concreto. Es por ello también que conspicuos adversarios del indulto son firmes partidarios de la amnistía.

En cuanto a sus clases, se ha distinguido la general de la particular, afectando la primera a todos los que han cometido el hecho y la segunda sólo a algunos de los participantes en los mismos. Esta clasificación crearía problemas de distinción con el indulto.

También se ha distinguido entre amnistía propia e impropia. La propia produce la abolición de la sanción penal sin afectar a la condena impuesta, la segunda, que es probablemente la más común y coherente, implica también el perdón de las sanciones impuestas.

Finalmente, también podemos distinguir entre amnistías simples y condicionadas, siendo las segundas las que imponen una condición para acceder a la misma, por ejemplo el abandono de las armas en un plazo prescrito.

La clemencia política, representada principalmente por la amnistía, puede dividirse según el fin que persigue. Así, Gustavo Zagrebelsky ha distinguido entre la clemencia para evitar las consecuencias políticas de la condena o de las penas que son consideradas inoportunas tanto en el orden interno o internacional, de las cuales hemos tenido algún ejemplo reciente no en forma de amnistía, sino de indulto en las personas de cargos públicos del Ministerio de Interior. También la clemencia que se plantea como un intercambio para obtener un determinado comportamiento de la contraparte. O la clemencia como forma de lucha partisana para crear zonas de sustancial inmunidad penal a favor de los pertenecientes al grupo político en el poder, de la que es principal ejemplo entre nosotros la amnistía de 23 de septiembre de 1939 que incluye a los delitos políticos y conexos que hubiesen sido cometidos por afinidad con las ideas del Movimiento Nacional entre el 14 de abril de 1931 y el 18 de julio de 1936. O la clemencia como instrumento para reforzar el consenso de los gobernados hacia las instituciones o los gobernantes en momentos políticamen-

te significativos, como son las elecciones políticas. Por no hablar de la clemencia pacificadora dirigida a reintegrar en el cuerpo político a grupos previamente excluidos tras una contienda, de la que se excluyen, como es notorio, a los considerados irrecuperables. Finalmente se puede hablar de una clemencia menos justificable que se produce para aliviar la carga de trabajo de los órganos judiciales<sup>1</sup>.

El indulto, por el contrario, equivale al perdón, normalmente de una pena ya impuesta. Ha sido definido como: «Una gracia que el poder social otorga a los condenados por sentencia firme e irrevocable, remitiéndoles toda la pena que se les ha impuesto, o parte de ella, o conmutándosela por otra considerada más suave»<sup>2</sup>. Así, el artículo 2.º de la vigente Ley Provisional de Indultos prohíbe indultar a los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme.

De aquí que el perdón en que consiste el indulto tenga un carácter marcadamente personal y que en nuestros días se haya vinculado en cierta forma con el carácter rehabilitador de la pena.

Desde nuestra legislación vigente José Llorca Ortega<sup>3</sup> ha elaborado la siguiente clasificación del indulto: total, que consiste en «la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente», y parcial, «porque habiendo impuesto el órgano sentenciador varias penas principales o accesorias no se remita más que alguna o algunas de ellas», o porque «no se remita ninguna en absoluto, sino que se aminoren sus efectos y especialmente su duración». Este segundo tipo es en el que se inscriben la mayoría de los indultos actualmente concedidos.

Por la modalidad de su otorgamiento se pueden distinguir indultos puros e indultos condicionados. Los puros son «los otorgados sin más condiciones que las tácitas de todo indulto». Los segundos son «los concedidos bajo determinadas y expresas condiciones».

Por el solicitante se pueden distinguir:

— Indultos de iniciativa particular, cuando es solicitado por el penado, por sus parientes o por cualquier otra persona en su nombre. Es de

<sup>1</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e Grazia, Profili Costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 17-18.

<sup>2</sup> *Enciclopedia jurídica española*, t. II, Barcelona, Seix, p. 713.

<sup>3</sup> *La Ley de Indulto. Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma*, 2.ª ed. corregida y aumentada, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 34 y ss.

destacar que este último caso no requiere representación, y que a lo más se pregunta al penado por su parecer.

— Indulto de iniciativa judicial: es el propuesto por el órgano sentenciador o por el TS cuando conozca de la causa por vía de recurso de casación por infracción de ley.

— Indulto de iniciativa fiscal: es el propuesto por el fiscal del órgano judicial sentenciador o por el Fiscal General del Estado.

— Indulto de iniciativa gubernativa: es el propuesto por el Gobierno, específicamente por el Ministro de Justicia, a través de la vía prevista en el artículo 21 de la Ley de Indultos.

— Indulto de iniciativa penitenciaria: es el que, a instancia del Centro Penitenciario, solicita el Juez de Vigilancia en virtud de lo previsto por el artículo 206 del Reglamento Penitenciario.

Finalmente, Llorca ha distinguido entre el indulto anticipado, que se otorgaría antes de la celebración del juicio y que explicaría la presencia del indulto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro de los artículos de previo pronunciamiento (art. 666), y el indulto *post sententiam*, única forma posible en nuestro actual ordenamiento.

Todo ello teniendo en cuenta los requisitos que debe cumplir el beneficiario del indulto, como son, en primer lugar, su condición de penado, es decir, que exista sentencia firme; en segundo lugar, que esté a disposición del Tribunal para cumplir la sentencia, lo que desde luego no significa que se encuentre de hecho cumpliéndola en prisión, pues esto haría inútil la suspensión prevista en el artículo 4.4 del Código Penal de 1995, y finalmente, también se exige que el reo no sea reincidente según el artículo 2.3 de la vigente Ley de Indultos, aunque esto con excepciones, tal como veremos.

Por su influencia en la realidad jurídica contemporánea nos centraremos en este trabajo en el estudio del indulto, manteniendo las referencias indispensables a la amnistía.

A pesar de todo lo indicado, y a la presencia permanente del ejercicio de la gracia, es común que no se reflexione sobre una prerrogativa que se supone que es totalmente extraordinaria, sobre todo una vez que se ha admitido el conjunto de la crítica ilustrada, aunque sea de una forma inconsciente. Crítica que marca la Edad Contemporánea en un aspecto teórico, puesto que en el práctico, por el contrario, la prerrogativa muestra todo su vigor. En el momento más contemporáneo, en las teorías jurídicas más vigentes de los indultos sencillamente no se habla, al menos no con el vigor que en el

pasado. Y todo ello por una característica también de nuestra época, definida con acierto como tardomodernidad, es decir, a la modernidad como decadencia, se ha perdido el vigor transformador asociado a la Ilustración pero también el ardor para buscar justificaciones alternativas allí donde los tópicos de ese periodo parecen haber perdido validez<sup>4</sup>.

Finalmente, el constante recurso a la solicitud de indulto por razones que se estudiarán en su momento, y el hecho de que cada indulto individual deba surgir de una decisión política acordada ni más ni menos que en Consejo de Ministros, mediante real-decreto propuesto y fundamentado por el propio Ministro de Justicia, crea un auténtico cuello de botella que produce indudables retrasos, problema de muy difícil solución. Como acertadamente resume José Llorca Ortega: «El derecho de gracia es un acto del Rey, refrendado por el Presidente del Gobierno o por el Ministro de Justicia (por el segundo normalmente diría yo), por el cual se remite total o parcialmente la pena impuesta. Pero su ejercicio efectivo reside, sin embargo, en el Gobierno, de modo que la concesión se hará por Real Decreto que se insertará en el *BOE*».

## II. EL DEBATE HISTÓRICO EN EL XIX ESPAÑOL

Con motivo del centenario de quien fuera Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el jurista malagueño José de Carvajal y Hué, que fue además Presidente del Ateneo de Madrid, Decano del Colegio de Abogados de Madrid y Ministro de Hacienda de la Primera República, y en relación con un proyecto de investigación sobre su obra, tuve ocasión de acercarme a su interpelación sobre el derecho de gracia, que el entonces diputado de la minoría presentó en las sesiones los días 19 y 20 de junio de 1880 del Congreso de los Diputados, y que es probablemente su trabajo más completo<sup>5</sup>. Nacido en Málaga en 1834 y muerto en Madrid en 1899, el trabajo recoge algunas de sus intervenciones en las Cortes de la Restauración, a las que perteneció, tras haber sido Diputado provincial en 1869 y posteriormente nacional desde 1872 por el partido de Gaucín que ganó frente a Ríos Rosas.

<sup>4</sup> A este respecto véase a Alejandro LLANO, *El diablo es conservador*, Pamplona, Eunsa, 2001, p. 28.

<sup>5</sup> JOSÉ DE CARVAJAL Y HUÉ, «Interpelación sobre el ejercicio de la gracia de indulto», Sesión del 19 de junio de 1880. Publicado acompañado de abundantísimas notas en *Discursos Parlamentarios*, t. III, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1895.

La intervención que comentamos no sólo constituye una ataque a la situación de la Restauración durante el Gobierno Cánovas, sino fundamentalmente una defensa de su actitud y de las ideas generales que defendieron los Gobiernos de la Primera República.

A ellos se había incorporado siendo Subsecretario de Gobernación en el Gabinete presidido por Figueras, dimitiendo al negarse a abrir fuego contra la milicia amotinada en la Plaza de Toros de Madrid. Posteriormente fue Ministro de Hacienda y de Estado con Castelar. Tras la caída de la República fue Diputado de nuevo por Gaucín y posteriormente por Málaga, rechazando las ofertas de incorporarse al Gobierno durante la Regencia. Participó en la fundación del Partido Progresista y fue partidario de la unión de todos los republicanos. Dentro de dicha corriente mantuvo una postura conservadora y católica. Fue, como hemos dicho, Presidente del Ateneo, de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, de la Sociedad de Africanistas, del Congreso Jurídico Hispanoamericano, Decano del Colegio de Abogados de Madrid, Director de la sección de ciencias morales y políticas del Ateneo de Madrid, y fundador en Málaga de la Caja de Ahorros y del Círculo Científico. Publicó, entre otras obras, *Quodlibetos jurídicos*, *Los discursos parlamentarios*, *Estudios críticos sobre el teatro de Shakespeare*, *Discurso sobre el posibilismo*, *España y Marruecos*, y *El azar y su influencia en el derecho*.

La interpelación, que es fuente importante de este estudio, tiene una característica muy relevante por la interconexión que se establecía en el pasado entre la pena de muerte y el derecho de gracia. Así, la intervención parlamentaria sobre el indulto sigue en el tiempo a una pregunta sobre la aplicación de la pena de muerte pronunciada por el Diputado Carvajal y Hué al Ministro de Gracia y Justicia el día 19 de abril de 1880. Realmente la intervención de Carvajal perseguía la conmutación de la pena de muerte que se había impuesto a Otero, autor de un atentado contra Alfonso XII. La intervención fue autorizada de forma extemporánea, por lo que no pudo cumplir su propósito. De hecho, cuando intentó hablar el 13 de abril de 1880 por segunda vez afirmando: «Es un deber de humanidad el que me mueve a hablar», le fue retirada la palabra por la Presidencia, lo que dio lugar el 14 de abril a una proposición de censura que firmaron con él Eduardo de León y Llerena, Segismundo Moret, Adolfo Merelles, Manuel Becerra, Antonio Dabán y Antonio de Vivar. Al iniciar su discurso en esta última sesión afirmaba: «Acostumbrado á vuestra benevolencia desde que tuve la honra de sentarme entre vosotros, el recuerdo de vuestra conducta conmigo en el día de ayer pesa en mi espíritu al tener que usar de la palabra nuevamente. No deja de sobrecogerme también la memoria de

la conducta que el Presidente observó conmigo, cuando con esta memoria luchan y chocan los recuerdos de sus pasadas bondades».

Y añade sobre su verdadero propósito: «El estado de mi espíritu, señores, cuando me dirigía ayer al salón de sesiones, era el de una honda perturbación. Sabía que había 23 condenados a muerte en el territorio español; acababa de saber que en aquel mismo día se había levantado el cadalso en Sueca, en una de las más pintorescas regiones de la fértil Valencia; sabía también que estaba ya construyéndose el tablado para otra ejecución hoy en Madrid; que mañana, la villa de Alagón, en la provincia de Zaragoza, ha de presenciar otro hecho tan horrible como estos, y que en Cataluña quizá pasado mañana serán puestos dos reos en capilla y ejecutadas otras sentencias de muerte. ¿Qué es esto, señores Diputados? ¿Se va a convertir España en un matadero de reses humanas?»<sup>6</sup>.

Y ante las protestas de la derecha añade: «No os asombréis; ¡ah! Desde la comodidad de vuestros sitiales miráis frente al patíbulo; pero valiera más que tuviérais horror hacia lo que el patíbulo significa para vosotros y vuestro partido. Yo pregunto qué ganáis con esas interrupciones, qué ganáis con esos rumores. ¿Creéis que me he de callar? ¿Y no comprendéis que esas interrupciones han de ser malamente traducidas fuera de aquí? ¡Veintitrés sentenciados a muerte! ¡Cinco reos en capilla! ¡España convertida en un matadero!».

Y termina la intervención concretando lo que imputa al Gobierno: «Señores Diputados, aunque he hablado poco, no puedo ya más y me siento sin fuerzas para extenderme en estas cuestiones reglamentarias y personales, porque á pesar de la relación que tienen con las graves materias que han de ser objeto del futuro debate, yo hallo y reconozco que todo resulta pequeño en el día de hoy enfrente de las cuestiones políticas, jurídicas, legales y sociales que suscitan los cadalsos que diariamente está alzando en territorio español el abandono que el Gobierno hace con su responsabilidad ministerial, y dentro de la esfera de esa responsabilidad, de la Regia prerrogativa de indulto; enfrente de ese patíbulo que se ha levantado esta mañana en el Campo de Guardias... enfrente de ese patíbulo, cuyo dedo rígido se levanta hacia el cielo diciendo á los condenados á muerte que ya no hay para ellos esperanza en la misericordia humana y que sólo deben abrigo en la bondad divina, allá en los senos de la eternidad»<sup>7</sup>.

La pregunta derivó en un enfrentamiento sobre la aplicación de la pena de muerte durante el periodo de la Primera República, por lo que el Minis-

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 21.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pp. 34-35.

tro de la Gobernación solicitó que se añadiesen los datos de las condenas ejecutadas por la jurisdicción militar durante esa fase. Estos datos apuntaban a la contradicción entre el abolicionismo de Carvajal y la restauración de la ordenanza militar que aplicaba la pena de muerte, que como es notorio provocó la dimisión de Nicolás Salmerón y Alonso como Presidente de la Primera República<sup>8</sup>.

Como es sabido, Salmerón, que fue en el Gobierno de Figueras Ministro de Gracia y Justicia, sucedió el 8 de julio de 1873 a Pi i Margall como Presidente de la Primera República. En el Ministerio que formó entró Carvajal como Ministro de Hacienda. En su programa se intentaba, ante la gravedad de la situación, con media España sublevada, restaurar el orden con la aplicación severa de las penas, lo que incluyó la de muerte impuesta por algunos Tribunales. De hecho, la política de Salmerón dio sus frutos a través de los Generales Pavía y Martínez Campos que restablecieron el orden.

Sin embargo, Salmerón, abolicionista convencido, prefirió dimitir a firmar las sentencias de muerte, actitud que ha sido tan ensalzada en cuanto a los principios como criticada en lo que respecta a los efectos políticos sobre la República. En la descripción de nuevo de Carvajal: «y subió al sitial de la Presidencia el hombre por tantos títulos ilustre que presidía aquel Gobierno, y subió declarando que consideraba necesaria la aplicación de la ordenanza, pero que no se lo permitían sus convicciones ni su personal integridad hacer la aplicación de esas leyes. Este noble y grande sacrificio de abandonar el poder en aras de sus principios le premió aquella Cámara, que comprendía, sin embargo, como él, la necesidad de aplicar la ordenanza, y estaba dispuesta a aplicarla, elevándole al sitial de la Presidencia por los votos de la mayoría»<sup>9</sup>. Aunque éste no parece constituir el único motivo de su dimisión, tras la que pasó a la Presidencia de la Cámara desde la que atacó con dureza a Castelar, su sucesor.

Para muchos el abolicionismo de la pena de muerte es bandera de la Ilustración y, por tanto, de los partidos progresistas, como ha indica-

---

<sup>8</sup> Se entiende así la respuesta de Carvajal en la tercera rectificación de esta sesión: «Yo me había acercado al banco ministerial pidiendo unos datos, como el comprador que pide una mercancía, y el Sr. Ministro de la Gobernación me ofrece otra mercancía, porque quiere vender todas las que tienen en el almacén. Pues esa mercancía no la necesito, porque la tengo comprada ya. ¿Ha comprendido S. S. por qué no acepto esa dadivosa oferta que me hace de adicionar estos datos con los que suministre el Sr. Ministro de la Guerra? Vengan enhorabuena esos datos, pero conste que yo no los pido, y esto se lo digo a S. S. sin propósito de hostilidad y sin hablar de esos datos, que ya traerá su señoría al debate, Y no tengo más que decir».

<sup>9</sup> José CARVAJAL Y HUÉ, *op. cit.*, pp. 81-82.

do Maria Rosa di Simone: «Los ilustrados, partiendo de supuestos utilitaristas y humanitarios, elaborando una concepción nueva de la pena que, rechazando la crueldad de los sistemas vigentes, apostaba por la certeza y la proporción justa como los medios disuasorios más idóneos para apartar del delito y atribuía a la sanción la función de enmendar al culpable, además de hacerle expiar su error. De ese modo adquirió un gran relieve el debate sobre la abolición de algunas penas como las infamantes y la capital, que parecían a muchos contraproducentes en relación con una racional de la utilidad general»<sup>10</sup>.

Abolicionismo que encuentra su base fundamental en las conocidas frases de Beccaria: «No es, pues, la pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo, es sólo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostrase que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habré vencido la causa a favor de la humanidad»<sup>11</sup>.

Respecto a esto se defendería Carvajal en la interpelación que citamos con las siguientes palabras: «Existía la ordenanza, cuya rigurosa aplicación no se había modificado ni se había moderado, de la misma manera que existía el Código Penal en su integridad respecto de los delitos comunes; y si la delincuencia hubiera sido tal que hubiéramos presenciado en el orden civil un cataclismo tan grave como le teníamos en el orden militar y en el orden político, yo no sé lo que hubiéramos resuelto, puestos en pugna entre nuestro deber como patriotas y nuestra conciencia como hombres que tienen fe en las ideas que han profesado toda su vida, yo no sé lo que hubiéramos resuelto; pero circunscrita aquella cuestión de vida o de muerte para la sociedad política al elemento militar, cuando nos encontrábamos frente a frente del enemigo que acababa con la República, que acababa con la libertad y que podía acabar hasta con la Patria, entonces resolvimos todos la aplicación de la ordenanza. Y se aplicó; y lo digo recordándolo sin remordimiento, pero con gran dolor y pena, porque fue uno de los días más amargos de mi triste y amarga vida durante el año 1873»<sup>12</sup>.

La contradicción intenta superarse por el hecho de que la pena de muerte rechazada en principio por los abolicionistas se justifica, a juicio de los revolucionarios, desde la perspectiva de la defensa de la sociedad como un todo frente a, precisamente, los adversarios de la revolución. Este

---

<sup>10</sup> Vincenzo FERRONE y Daniel ROCHE, *Diccionario Histórico de la Ilustración*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 128.

<sup>11</sup> Cesar BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 82.

<sup>12</sup> José DE CARVAJAL Y HUÉ, op. cit., pp. 78-79.

hecho común con los revolucionarios de la Revolución Francesa y con los revolucionarios rusos explica que adversarios formales de la pena de muerte la acabasen aplicando con profusión cuando, a su juicio, las circunstancias lo exigieron. En palabras de Carvajal: «Cierto es que al examinar con atención esta visible anomalía se halla su razón de ser, o mejor dicho su motivo de ser, en una interpretación errónea y de toda suerte cruelísima del derecho de defensa y en una extensión excesiva del mismo. El principio que nos ha servido, profundamente arraigado en nuestra conciencia, de que fueron legítimas las ejecuciones de los militares que con su conducta pusieron en peligro la Patria ante el enemigo en 1873, ese principio, hay que confesarlo, es el que justificaba la pena capital durante la Revolución Francesa á los ojos de sus legisladores y de sus Tribunales»<sup>13</sup>.

Esta justificación también se puede derivar de la propia posición de Beccaria, al menos en circunstancias excepcionales en las que no rigen con plenitud la Ley y el Derecho o el propio gobernante es riesgo para la libertad pública: «Por sólo dos motivos puede creerse necesaria la muerte de un ciudadano. El primero cuando, aun privado de libertad, tenga tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. Entonces será su muerte necesaria, cuando la nación recupera o pierde la libertad o, en el tiempo de la anarquía, cuando los mismos desórdenes tienen lugar de leyes; pero durante el reino tranquilo de éstas, en una forma de gobierno por la cual los votos de la nación estén reunidos, bien provista dentro y fuera con la fuerza y con la opinión (acaso más eficaz que la misma fuerza), donde el mando reside sólo en el verdadero soberano, donde las riquezas compran placeres y no autoridad, no veo yo necesidad alguna de destruir a un ciudadano, a menos que su muerte fuese el verdadero y único freno que contuviera a otros, y los separase de cometer delitos, segundo motivo por que se puede creer justa y necesaria la muerte de un ciudadano»<sup>14</sup>. Como es sabido, Beccaria rechaza esta segunda posibilidad con energía: «La pena de muerte hace una impresión que con su fuerza no sufre al olvido pronto, natural en el hombre, aun en las cosas más esenciales, y acelerado con la fuerza de las pasiones. Regla general: las pasiones violentas sorprenden los ánimos, pero no por largo tiempo, y por esto son a propósito para causar aquellas revoluciones, que de hombres comunes hacen per-

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>14</sup> *De los delitos y las penas, op. cit.*, p. 82.

sas o lacedemonios; pero en un gobierno libre y tranquilo las impresiones deben ser más frecuentes que fuertes»<sup>15</sup>.

Ésta es la posición teórica que justificó la actitud de Carvajal en la Comisión de Guerra que aprobó la restauración de la ordenanza militar, y con la que intenta justificar la aparente contradicción entre su abolicionismo y su concreta labor en la restauración de la pena de muerte:

«Los motivos de la disidencia entre la escasa mayoría y la robusta minoría de la Asamblea no eran de orden jurídico, sino sentimental, porque la doctrina de la abolición de la pena de muerte está condicionada por leyes generales, y solamente por un sentido individual y contrario a la ciencia y a la observación puede sostenerse que es materia de consecuencia en el orden racional. El derecho de defensa es primario, y todos los seres, ya sean individuales, ya colectivos, le tienen por naturaleza, fundándose en una necesidad suprema que es la conservación. El medio de defensa ha de ser, ni tan flaco que no alcance a su objeto, ni tan enérgico que le rebase; punto éste de materia penal que por sí solo exigiría una extensa disertación. Los abolicionistas de la pena capital no desconocemos las consecuencias propias del derecho de defensa, su dilatación y sus límites; antes por el contrario, le anteponeamos en el orden de sus propias exigencias al de la abolición y la compadecemos con él y los hacemos vivir juntos. El individuo se defiende lícitamente hiriendo y matando a su contrario, si es racional y proporcionado el acto de herir o de matar para salvarse. A ningún abolicionista le ha ocurrido la peregrina idea de que el hecho singular y por sí de causar una muerte constituye delito ni siquiera transgresión de la ley moral, como se halle justificado por el derecho de defensa, según la ley natural le comprende. La sociedad, que es también un ser, está en el mismo caso, y lo que en definitiva nosotros predicamos consiste en que para defenderse de los delitos comunes, casi siempre individuales, no exige el derecho de defensa para la conservación de la colectividad la aplicación de la pena de muerte ni la existencia de ella en el Código Criminal»<sup>16</sup>.

Ejemplo señero de esta actitud fue el propio incorruptible Robespierre que lo mismo que se había opuesto a la pena de muerte no dudó en negar el mismo derecho de defensa de Luis XVI, solicitando prácticamente la ejecución sin juicio, lo que no consiguió en lo que se refiere al

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 83-84.

<sup>16</sup> José DE CARVAJAL Y HUÉ, *op. cit.*, pp. 92-93.

juicio, aunque sí, como es notorio, en lo que se refiere a la ejecución. Su razonamiento a este respecto fue puramente político: «Luis fue Rey, y la República está instaurada; la cuestión famosa que os ocupa está decidida por esas solas palabras. Luis ha sido destronado por sus crímenes; Luis denunció al pueblo francés como rebelde; ha llamado para aplastarlo a las armas de los tiranos, sus hermanos; la victoria y el pueblo han decidido que sólo el se había rebelado; Luis no puede entonces ser juzgado; el ya está juzgado. El está condenado... Proponer que se haga el proceso de Luis XVI de cualquier forma que se pudiera efectuar es retroceder hacia el despotismo real y constitucional»<sup>17</sup>.

Pero probablemente la opción de Robespierre a favor del Terror como forma de defensa de la República donde mejor se muestra es en su discurso sobre los principios del Gobierno revolucionario pronunciado en nombre del Comité de Salud Pública el 25 de diciembre de 1793: «El gobierno constitucional se ocupa principalmente de la libertad civil y el gobierno revolucionario de la libertad pública. Bajo el régimen constitucional basta proteger a los individuos contra los abusos del poder público; bajo el régimen revolucionario, el poder público mismo está obligado a defenderse a sí mismo contra todas las facciones que lo atacan. El Gobierno revolucionario debe a todos los buenos ciudadanos toda la protección nacional; no debe a los enemigos del pueblo más que la muerte»<sup>18</sup>. Es el Terror.

Por otro lado, no es necesario recordar como, según la ideología ilustrada, la mayor facultad de castigar pertenece a quien garantiza la libertad de los súbditos y, por tanto, esta cualidad la tiene en mayor medida la propia República. Ya desde Beccaria aparece esta idea: «Veis aquí la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones, y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos»<sup>19</sup>.

Independientemente de la gran variación de circunstancias que se han producido desde que la interpelación se escribió, queda como espléndido

<sup>17</sup> ROBESPIERRE, «Sur le jugement de Louis XVI», en *Discours et Rapports à la Convention*, Paris, Union General de Editions, 1965, pp. 66-67.

<sup>18</sup> ROBESPIERRE, «Sur les principes du gouvernement revolutionnaire», *Discours et Rapports a la Convention, op. cit.*, p. 192.

<sup>19</sup> Por supuesto la obra de BECCARIA, como la de VOLTAIRE, no muestra aún la sinceridad que se manifestará cuando los revolucionarios ya no temen al poder real. BECCARIA, *op. cit.*, p. 32.

resumen de la ideología y razonamientos que fundamentaron la abolición de la prerrogativa en 1873, en última instancia, resumen de las opiniones ilustradas que están en la base de lo que el mismo autor citado denomina Partido Democrático. En este sentido, es posible observar una característica de aquella época que se reproduce, desde entonces, casi universalmente, me refiero a una mayor coherencia y rigor en las opiniones de quienes se oponían al derecho de gracia que en quienes lo defendían o incluso reinstauraban. Esta superioridad en la argumentación es manifiesta y se fundamenta en que el ideal de derecho inexorable, pero humanizado, justificado en la estricta aplicación de la Ley, y que huye radicalmente del arbitrio que está en la base de la concepción del Derecho mantenida preferentemente desde la Ilustración, rechaza las medidas de gracia. Y sin embargo, esta aparente superioridad tiene su envés en el hecho constatable de que el derecho de gracia parece ser casi universal en su aplicación.

Conviene recordar que la abolición del indulto, aunque no de la amnistía, es propósito que se expresa en la Revolución de 1789, que al mismo tiempo que humaniza la pena de muerte deroga la gracia. Realización que fue incompleta a juicio de Carvajal: «En punto de la pena capital, las nuevas ideas no tuvieron otra influencia sino la de evitar el sufrimiento de los condenados, rindiendo en este accidente pleitesía a los sentimientos humanitarios. El artículo 2 del Código Penal de 25 de septiembre de 1791 ordenó que la pena de muerte consistiera en la simple privación de la vida»<sup>20</sup>.

Esta reducción de la pena de muerte a la simple privación de la vida puede parecer poca cosa, pero conviene recordar la situación del Antiguo Régimen y el rechazo que provocó en adversarios de la pena de muerte, que como poco solicitaban la supresión de los tormentos que lo acompañaban. En este sentido Voltaire, en su comentario a la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas*, afirma que:

«Esta desgracia y esta ley tan cruel, que han conmovido mi sensibilidad, me han hecho echar la vista sobre el código criminal de las naciones. El humano autor de *De los delitos y de las penas* tiene demasiada razón en quejarse de que el castigo es muy a menudo superior al crimen, y no rara vez pernicioso para el Estado, cuyo bien debe de ser su único objeto.

Los suplicios refinados que el entendimiento humano ha inventado para hacer la muerte horrible parecen haber sido inventados más bien por la tiranía que por la justicia.

---

<sup>20</sup> José DE CARVAJAL Y HUÉ, *op. cit.*, p. 142.

El suplicio de la rueda fue introducido en Alemania en los tiempos de la anarquía, en los que los que se apoderaban de los derechos de regalía querían asustar, con la apariencia de un tormento horrible, cualquiera que quisiese atentar contra ellos. En Inglaterra se abría el vientre del que era acusado de traición de lesa majestad, se le arrancaba el corazón, se le azotaban los carrillos con él y después se le echaba al fuego»<sup>21</sup>.

En su introducción a la obra de Beccaria citada Juan Antonio del Val describe igualmente la atroz forma de imponer la pena de muerte en el Antiguo Régimen: «Robert Damiens hirió a Luis XV con un cuchillo con intención de matarle. Apresado en el acto, fue juzgado y condenado a muerte (...) La sentencia le sometía al tormento ordinario y extraordinario (...) Conducido en una carreta a la plaza de la Grève, donde se alzaba el cadalso, fue tendido sobre él y sujetado fuertemente con aros de hierro atornillados a las tablas. Diez verdugos participaban en la ejecución y dos confesores le asistían. En la mano derecha se le colocó el arma del crimen y a continuación se le quemó con fuego de azufre. Después, con unas tenazas calentadas al rojo, se le fue arrancando la carne de las partes más carnosas de su cuerpo y luego se vertió en las llagas una mezcla de plomo, aceite, pez, cera y azufre, fundidos juntamente. Por fin sus miembros fueron atados con tirantes a cuatro fogosos caballos para que fuera descuartizado. Durante una hora tiraron los caballos sin lograr arrancarlos. El número de caballos se aumentó hasta seis, pero siempre en vano, hasta que los jueces permitieron que se hicieran incisiones en las articulaciones para facilitar la tarea»<sup>22</sup>. Para nuestra vergüenza conviene recordar que un castigo similar

<sup>21</sup> VOLTAIRE, *Comentario sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias* (1766). Cito la edición de Juan Antonio DE LAS CASAS y Juan Antonio DELVAL, 1.ª reimpr., Madrid, Alianza, 2000, p. 129.

<sup>22</sup> Introducción a la edición de la obra *De los delitos y las penas* de Cesare BECCARIA y de *Comentario sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias*, Alianza, 1.ª ed., 2.ª reimpr., Madrid, Área de Conocimiento en Ciencias Sociales, 2000, pp. 7-8. Más adelante DELVAL parece achacar al cristianismo una influencia en el endurecimiento de las penas y en su crueldad respecto a lo que ocurría en Roma, siguiendo probablemente a VOLTAIRE. A este respecto sería interesante lo recogido por Eva CANTARELLA, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*, Madrid, Akal, 1996, respecto al apotympanismos en Grecia (p. 37): «Fuertemente atados a un madero, los condenados a morir por apotympanismos estaban destinados a una larguísima agonía que finalizaría sólo cuando la muerte pusiese término definitivo a los atroces tormentos por los hierros que los sujetaban, por el hambre, la sed, la intemperie y los mordiscos de las animales que desgarraban el cuerpo indefenso». O el abandono atado al árbol infeliz previsto en la Lex horrendi Carminis, que, según CANTARELLA, sería algo más que un ahorcamiento (pp. 175 y ss.). Y también el suplicio servil de la crucifixión que sólo provocaba espanto cuando se aplicaba a un romano. Así en la p. 178:

fue aplicado por las autoridades españolas contra Tupac Amaru y su familia, en cuanto este se había proclamado Inca.

El artículo 13 del Título 2 del Código francés de 1791 suprimía al mismo tiempo el derecho de gracia con la siguiente fórmula: «el uso de los actos que tiene por objeto impedir ó suspender el ejercicio de la justicia criminal y el de las cartas de gracia, de remisión o de abolición, de perdón y de conmutación de las penas, quedan abolidos para todos los crímenes perseguidos por la vía del jurado».

La abolición de esta facultad duró poco, lo que el período álgido del proceso revolucionario, y así, según Carvajal: «La abolición de la gracia, que por otra parte tuvo el buen acuerdo de no comprender la amnistía, duró lo que el período revolucionario y el artículo 86 del Senatus consulto de 16 Thermidor del año diez la restableció depositándola en manos del primer cónsul»<sup>23</sup>.

Desde este punto de vista, José de Carvajal y Hué, como hemos dicho destacado representante de la opinión progresista en este asunto a finales del XIX, al realizar la interpelación ante el Congreso sobre el derecho de gracia, cierto que para apoyar su utilización en los casos de pena de muerte, procedió a rechazar todas las justificaciones esenciales del derecho de gracia para sostener tan sólo lo que podríamos denominar una justificación accidental: «¿y dónde está este principio?, ¿dónde está esta base?, ¿dónde?, ¿acaso en la tradición? No. Hemos echado por tierra tantas cosas tradicionales, tenemos ya tan poco respeto á las que pasaron, que seguramente, si se fundara el ejercicio de la gracia de indulto en la tradición, ya no existiría hoy. ¿Se encuentra acaso en un acto arbitrario de clemencia?

---

«Que Espartaco y los rebeldes que con él combatieron fuesen crucificados era algo normal. Cuando en el año 71 a. de C. los seis mil esclavos supervivientes al último encuentro contra Craso fueron clavados en otras tantas cruces que bordearon la carretera entre Capua y las puertas de Roma, la opinión pública romana —por lo que parece— no se sintió particularmente perturbada. Para ellos fue mucho más atroz —precisamente— la crucifixión de P. Gavio, *civis romanus*, al que se dio muerte en Mesina por orden de Verres con la mirada dirigida hacia la patria que había traicionado». O la pira (pp. 207 y ss.): «En época imperial algunas sentencias capitales se ejecutaban quemando vivos a los condenados».

En las *Pauli Sententiae*, por ejemplo, leemos que se condenaba a los magos a las bestias o a la pira. En el año 390 una constitución de Teodosio I estableció que se quemasen vivos a quienes cometían «la infamia de condenar al cuerpo viril, transformado en femenino, a soportar prácticas reservadas a otro sexo». Por no hablar de la conocida pena del saco (p. 245): «Una ejecución extremadamente singular, sintética, pero eficazmente descrita en un pasaje de Modestino. Los culpables de parricidio, tras haber sido perseguidos con las *virgae sanguineae*, tienen que ser cosidos en el interior de un *culleus* junto con un perro, un gallo, una víbora y un mono, y tienen que ser arrojados al mar».

<sup>23</sup> José DE CARVAJAL Y HUÉ, *op. cit.*, p. 145.

Tampoco, porque si se rigiesen las sociedades por la clemencia, ésta sería aplicable a todos los casos y habría que abolir la justicia. ¿Se trata de fundar el ejercicio de la gracia de indulto en la inocencia del reo? Esto no es posible porque la inocencia del reo, una vez conocida, necesitaría tener en nuestras leyes garantías más serias y estables que la gracia, porque la inocencia tiene repugnancia a la gracia y derecho a la reparación, que cuando la justicia humana se ha equivocado debe declararlo aunque se humille, no cabiendo supuestos de infalibilidad ante el horror de una acusación no merecida y de una pena sufrida injustamente. ¿Es la justicia la que puede ser la base del ejercicio de la gracia de indulto? Tampoco; porque la justicia consiste en la aplicación de la pena proporcional y adecuada al delito cometido: a éste corresponde una pena, de tal modo que el delito y la pena se equilibren, y, por consiguiente, no puede entrar a ser elemento del ejercicio de la gracia de indulto ni se puede basar su razón en el principio mismo de la justicia»<sup>24</sup>.

Cuando Gustav Radbruch preparó un libro recogiendo una serie de aforismos jurídicos a fin de guiar las conversaciones con su hijo que quería dedicarse al estudio de esta disciplina dedicó un capítulo al «Derecho y la Gracia»<sup>25</sup>. En éste se muestra con claridad el carácter ambivalente de la gracia en su relación con el Derecho. Pues mientras algunos señalan el riesgo que la gracia presenta para la Justicia, otros parecen encontrar en ella el complemento necesario de la virtud social por excelencia. Y así se recoge en el primer sentido el archiconocido de Kant: «El derecho de gracia a favor del delincuente es a buen seguro el más equívoco entre los derechos del soberano, para demostrar el esplendor de su soberanía pero también para hacer mediante él entuertos en elevado grado». O el de Gustave Flaubert: «Yo busco en ustedes una palabra que no hallo en ninguna parte: justicia; todo nuestro mal proviene de que hemos olvidado absolutamente esta primera noción de la moral, la cual, en mi juicio, constituye toda la moral. Y me convenzo cada vez más de esta verdad: la doctrina de la gracia ha penetrado tanto en nosotros que ha desaparecido el sentido de la justicia».

<sup>24</sup> Y continúa: «No hay Sres. Diputados más que una sola razón para el ejercicio de la gracia de indulto; pero no la vamos a encontrar en lo permanente, sino en lo accidental y transitorio; de modo que, según el principio que nos sirve de punto de partida, cuando lo que es accidental y transitorio haya desaparecido como causa desaparecerá también como efecto la gracia de indulto». Se refiere, como veremos, a la pena de muerte. José de CARVAJAL Y HUÉ, «Interpelación sobre el ejercicio de la gracia de indulto», Sesión del 19 de junio de 1880, *Discursos Parlamentarios*, op. cit., pp. 122 y ss.

<sup>25</sup> *Kleines Rechtsbrevier, Spruchbuch für Anselm*, traducción al español por Félix Augusto Sosa, *Aforismos Jurídicos*, Córdoba (Argentina), Marcos Lerner, pp. 77 y ss.

Y en oposición a esto, los conocidos versos de *El Mercader de Venecia* de William Shakespeare: «Pero la gracia está sobre este poder del cetro. Ella está asentada en el corazón de los monarcas, es un atributo de la Divinidad misma, y el poder terreno se acerca a lo sumo al divino cuando la gracia está junto al derecho. Por ello, judío, si solicitas ya derecho, considera esto: que según el curso del derecho ninguno de nosotros llegaría a la salvación; todos nosotros oramos por la gracia y esta oración tiene que enseñarnos a ejecutar obras de gracia».

Pero incluso este texto aparentemente tan claro, que condena la intención de Shylock de cobrarse su deuda de forma implacable, ha dado lugar a interpretaciones ambivalentes. Pues mientras para algunos representa el exceso del hombre jurídico que quiere su derecho a cualquier precio, para otros muestra la figura del burlado en su derecho, precisamente por su situación marginal y por pertenecer a la minoría maldita. En palabras de Luis Legaz Lacambra: «En todo caso de puede coincidir con Jhering en que es verdad que fueron el odio y el afán de venganza lo que llevan a Shylock ante el Tribunal para arrancar a Antonio la libra de carne, pero que las palabras que el poeta pone en su boca son tan verdaderas como en las de cualquier otro. Es el lenguaje que en cualquier lugar y en cualquier época hablaría el sentimiento jurídico herido, en el que expresaría la inquebrantable convicción de que el Derecho tiene que permanecer siendo Derecho, el que usaría la pasión de un hombre consciente de que el asunto que defiende no afecta sólo a su persona, sino a la Ley. Lo trágico de su destino no es que se le niegue su derecho, sino que un judío medieval que tiene en el Derecho una fe tan inquebrantable como la que podía tener un cristiano, una fe que el propio juez le alimenta, ve de pronto que, como en el estallido de un trueno, se cierne sobre él la catástrofe que le devuelve a la realidad de ser sólo el despreciado judío de la Edad Media, al que se engaña dándole un derecho que inmediatamente se le quita»<sup>26</sup>. Y podemos preguntarnos cuántas veces la gracia ejercida por el poder no deja en el agraviado por el delito cometido o incluso en un sector de la sociedad una convicción semejante.

### III. DIVISIÓN IZQUIERDA-DERECCHA

Al estudiar la división que se ha producido en torno a los indultos discutidos en los últimos años nos podemos encontrar con ciertas sorpresas,

<sup>26</sup> *El Derecho y el Amor*, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 215-216.

pues se han modificado los argumentos respecto a los que se mantuvieron en nuestra tradición política y se ha producido una cierta confusión de bandos. En efecto, es de destacar que esta nueva alineación, puramente pragmática, rompe con la división en torno al derecho de gracia que nuestro siglo XIX hereda de toda la polémica moderna y que en general sitúa a los partidarios del derecho de gracia a la derecha y a los contrarios a la izquierda, de forma que fue pretensión progresista a lo largo de todo el ochocientos la limitación, primero, y la supresión, después, de la mencionada prerrogativa. Aunque probablemente en el orden lógico precedía la idea de la supresión de una prerrogativa, modelo de la arbitrariedad de la que debe huir todo derecho, sólo la dificultad de lograr la ansiada reforma del Derecho que lo definiese como justo llevó a conformarse con la limitación de la prerrogativa.

Se constituía así un bando abolicionista tan partidario de suprimir la pena de muerte como de abolir el derecho de gracia. E incluso que vincula ambas derogaciones, suponiendo que la persistencia del derecho de gracia sólo se justifica desde la persistencia de la pena de muerte, como medio de poner remedio a la irreversibilidad de la decisión judicial<sup>27</sup>. En consecuencia, de lograrse el objetivo de suprimir la pena capital podría darse el paso deseado de quitar el resto de poder real no sólo opuesto a la división de poderes, sino también a la misma ecuanimidad de la Justicia. En la Edad Moderna, específicamente en el período ilustrado, la oposición intelectual al indulto se generaliza, como se puede ver en las obras claves desde las que surge «la forma nueva» de acercarse al Derecho penal. Como ya indicó el mismo Beccaria: «Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debería ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fuesen suaves y el método de juzgar arreglado y corriente. Parecerá esta verdad dura a los que viven en el desorden del sistema criminal en que los perdones y las gracias son necesarias a proporción de lo absurdo de las leyes y de la atrocidad de las sentencias»<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> «Este accidente lo constituyen las penas irreparables e indivisibles, de las cuales queda hoy en nuestros Códigos la pena de muerte. Mientras subsista en ellos tiene que existir como único medio de dulcificar el fallo severo de la justicia, la facultad en alguno de los poderes públicos de ejercer la gracia de indulto. Quitad la pena de muerte del Código y podéis suprimir la gracia de indulto». José DE CARVAJAL Y HUÉ, «Interpelación sobre el ejercicio de la gracia de indulto», *op. cit.*, pp. 122 y ss.

<sup>28</sup> Cesare BECCARIA, «Del perdón», en *De los delitos y de las penas*, capítulo 46; manejo la edición de Juan Antonio DELVAL, Madrid, Alianza Editorial, 1968 (reimpr. de 2000), p. 121.

La peculiaridad de la pena de muerte hace que ante ésta se pida la gracia incluso cuando ha sido impuesta en razón de los crímenes más horrendos. Parece como si la pena de muerte generase un horror especial, siendo un salto cualitativo que repugna muchas conciencias. Pocos como Dostoiévski han descrito esta realidad, señaladamente en su novela *El idiota*. Como expresa Lióv Nikoláyevich Mishkin: «Cuando se mata a un hombre legalmente, se comete un crimen mucho mayor que el que cometió el mismo reo. El viajero a quien apuñalan unos forajidos en el bosque tiene esperanza de salvarse (...) Pero léale a ese mismo soldado su sentencia de muerte y romperá a llorar y se volverá loco. ¿Cómo es posible suponer que un hombre sea capaz de soportar una cosa así sin volverse loco? ¿Por qué esa mofa cruel, abyecta, innecesaria? Quizá exista un hombre al que después de haberlo sentenciado a muerte le hayan otorgado el perdón. Sólo ese hombre podría contarnos su agonía»<sup>29</sup>.

Así, incluso en el caso de Adolf Eichmann, condenado por ser agente fundamental de la Solución final en unos de los juicios más controvertidos del siglo XX, se produjo esta reacción<sup>30</sup>, tal como relata Hannah Arendt en *Eichmann en Jerusalén*: «El mismo día 29 de mayo, Itzhak Ben-Zvi, presidente de Israel, recibió la petición de clemencia de Eichmann, que constaba de cuatro páginas manuscritas, formulada “siguiendo instrucciones de mi abogado”, junto con cartas de la esposa del condenado y de sus familiares residentes en Linz. El presidente de Israel también recibió centenares de cartas y telegramas procedentes de todos los rincones del mundo en solicitud de clemencia. Entre los más destacados remitentes se contaba la Conferencia Central de Rabís de América, los representantes del Judaísmo Reformado de dicho país, y un grupo de profesores de la Universi-

<sup>29</sup> Este hombre, como es notorio, es el propio Dostoiévski. Cito la edición de *El Idiota*, 4.ª ed., Barcelona, Juventud, 1995, p. 32.

<sup>30</sup> Como resume la propia ARENDT: «Otto Adolf Eichmann, hijo de Karl Adolf y Maria Schefferling, detenido en un suburbio de Buenos Aires la noche del 11 de mayo de 1960 y trasladado en avión, nueve días después, a Jerusalén, compareció ante el Tribunal del distrito de Jerusalén el día 11 de abril de 1961 acusado de quince delitos, habiendo cometido, “junto con otras personas”, crímenes contra el pueblo judío, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra durante el período del régimen nazi, y, en especial, durante el de la Segunda Guerra Mundial. La Ley (de Castigo) de Nazis y Colaboradores Nazis de 1950, de aplicación al caso de Eichmann, establecía que “cualquier persona que haya cometido uno de estos (...) delitos (...) puede ser condenada a la pena de muerte”. Con respecto a todos y cada uno de los delitos imputados, Eichmann se declaró “inocente, en el sentido en que se formula la acusación”. *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, 2.ª ed., Barcelona, Lumen, 1999, p. 39. Por supuesto, el término detención referido al secuestro de Eichmann es eufemístico.

dad Hebrea de Jerusalén encabezados por Martin Buber»<sup>31</sup>. Y ello pese a la enorme dificultad, e incluso imposibilidad, de perdonar que manifestaban las víctimas de los crímenes para quienes la misma idea de reconciliación parecía un cliché e incluso un insulto. Como afirma la propia Arendt: «La asombrosa facilidad con que Eichmann, en Argentina como en Israel, admitía sus crímenes se debía no tanto a su capacidad criminal para engañarse a sí mismo, como al aura de mendacidad sistemática que constituyó la atmósfera general, y generalmente aceptada, del Tercer Reich. Naturalmente que había jugado un papel en el exterminio de los judíos; naturalmente que si él “no los hubiera transportado, no hubieran sido entregados al verdugo”. “¿Qué hay que confesar?” preguntaba. Ahora bien, proseguía: “le gustaría hacer las paces con sus antiguos enemigos”, un sentimiento que compartía no sólo con Himmler, que lo había manifestado durante el último año de guerra, o con el jefe del Frente del Trabajo Robert Ley (que, antes de suicidarse en Nuremberg, había propuesto el establecimiento de un comité de conciliación compuesto por los nazis responsables de las matanzas y los supervivientes judíos), sino, increíblemente, con muchos alemanes corrientes, que se expresaban en los mismos términos al final de la guerra. Este indignante cliché ya no se daba desde arriba, era una frase hecha, tan carente de realidad como los clichés con los que la gente había vivido durante doce años»<sup>32</sup>.

Cierto que esta gracia que se solicitó, y que consiste en la conmutación de una pena que se mantiene por incapacidad de derogación o por su carácter simbólico, pero que muchos no parecen dispuestos a aplicar, supone una forma muy especial del derecho de gracia.

De igual manera, se pensaba que la gracia sería admisible sólo en cuanto no se produjese la plena presencia de la soberanía popular en el Poder Judicial a través del jurado, forma peculiar de volver a la democracia por sorteo junto a la moderna democracia representativa. Desde el momento que pudiera entenderse que en la decisión judicial había plena presencia de la soberanía nacional, el ejercicio de la prerrogativa era un atentado contra esa misma soberanía. Así, José de Carvajal y Hué en su interpelación parlamentaria sobre el ejercicio de la gracia de indulto en la sesión del 19 de junio de 1880 afirmaba que: «Pero en cuanto desaparezca del Código la pena de muerte y en cuanto la sociedad por sí propia intervenga en la sentencia, es decir, en cuanto se establezca el jurado, no es posible sostener la necesi-

<sup>31</sup> Hannah ARENDT, *Eichmann en Jerusalén...*, op. cit., p. 377.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 84-85.

dad de que permanezca en pie el ejercicio de la gracia de indulto; porque el jurado es la soberanía nacional en ejercicio; en relación con el orden de la justicia, y en contra del fallo de la soberanía nacional en ejercicio, es imposible que haya en nadie facultades ni derechos. Con la abolición de la pena de muerte en nuestros Códigos desaparece la única pena irreparable e irreversible que aún queda en ellos; y purgados ya de esta tacha y establecido que sea el jurado, no encuentro razón alguna para abogar a favor del ejercicio de la gracia de indulto, la cual quedaría entonces reducida a un inmoral abuso para fines políticos favorables al Gobierno»<sup>33</sup>.

La discusión se ha prolongado hasta nuestros días, y parece doctrina muy admitida que el Poder Judicial tiene plena legitimidad democrática, así al menos lo entendió el propio Consejo General del Poder Judicial al afirmar el 23 de octubre de 1991 que: «La democracia no implica que todas las personas que ejercen funciones públicas hayan de ser designadas mediante sufragio universal, libre y secreto. Los Jueces y Magistrados, en concreto, ejercen la potestad jurisdiccional con la indiscutible legitimación democrática derivada de que su función y su designación responden al sistema establecido en la Constitución y en las leyes»<sup>34</sup>.

Podríamos preguntarnos si concedido que el ejercicio de la jurisdicción en estos momentos por el juez de acuerdo a la ley cumple plenamente los requisitos democráticos, amén de la presencia del jurado, en todo caso discutible como condición democrática a juicio de un sector importante de la doctrina contemporánea, esa injerencia denunciada no se produce en cada caso en que se ejerce el derecho de gracia.

Esto es lo que pensó el legislador de la Primera República en 1873. El único período de nuestra historia en que estuvo abolida la gracia de indulto, cierto que por menos de un año. En el Proyecto de Ley presentado por el Ministro de Gracia y Justicia Pedro José Moreno Rodríguez el 21 de julio se propugnaba la completa supresión de la prerrogativa con el siguiente razonamiento:

<sup>33</sup> *Discursos parlamentarios, op. cit.*, pp. 144 y ss.

<sup>34</sup> Para añadir el 27 de enero de 1993: «La designación, la función y el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados son los establecidos en la Constitución y en las leyes que la desarrollan. De ahí deriva una clara y rotunda legitimidad democrática, que no debe ser cuestionada por ningún motivo.

Nuestro sistema jurídico-político de independencia y de responsabilidad de los jueces es esencialmente idéntico al de los países democráticos europeos y occidentales. Que pueda ser susceptible de mejora no debe arrojar sobre la judicatura ninguna sospecha de arbitrariedad o irresponsabilidad». Declaraciones citadas en Andrés DE LA OLIVA SANTOS, «Papeles del CGPJ (1990-1996)», *Gaceta Fiscal*, Madrid, 1997, p. 274.

«El ministro que suscribe, aspirando a desenvolver por medio de leyes los principios que entraña la forma de Gobierno, solemnemente proclamada por las Cortes soberanas, tiene la honra de proponer a las mismas la abolición de unas prerrogativas de origen antiguo, que como patrimonio de las Monarquías se confirió sin duda al primer magistrado de la Nación por el artículo 63 de la Constitución de 1869.

El indulto que ha venido concediéndose no siempre por razones de equidad, y en cuyo ejercicio se han sobrepuesto no pocas veces la piedad y el sentimiento a la razón, llegó después de repetidas disposiciones a regularizarse, quedando convertida la mera gracia en una dispensa de ley.

Las leyes de una Nación, o son buenas y humanitarias, en cuyo caso deben observarse religiosamente, o son rigurosas en demasía, correspondiendo entonces su reforma»<sup>35</sup>.

Esta posición tan radical fue modificada en la Comisión de Justicia de forma que finalmente se aprobó la Ley de 9 de agosto de 1873, que en su artículo primero suprimía la gracia, pero que en el segundo la mantenía, cierto que en manos del legislativo para los casos de pena de muerte<sup>36</sup>.

#### IV. EVOLUCIÓN ACTUAL

Por el contrario, en nuestros días hemos visto a quienes apoyaban el indulto a un ministro por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones criticar la misma gracia propuesta para un juez por delito de prevaricación, y viceversa a quienes censuraban uno apoyar el otro. Un punto de vista ingenioso podría llevarnos a pensar que la trascendencia de los debates residía en si es válida la interpretación restringida de la prohibición de indultar contenida en el texto constitucional. Como es sabido, aparte de la prohibición de indultos generales, nuestra Carta Magna incluye una limitación de la prerrogativa, ya recogida en el Derecho tradicional inglés, de indultar al Presidente del Gobierno o a los miembros del Gobierno<sup>37</sup>. El artículo 102.3 deter-

<sup>35</sup> Citado en nota a la «Interpelación sobre el ejercicio de la gracia de indulto», Sesión del 19 de junio de 1880, *op. cit.*, pp. 60 y ss.

<sup>36</sup> Como describe CARVAJAL: «Lo que entonces se hizo fue una ley en 9 de agosto de aquel año por cuyo artículo 1.º se declaraba derogada la gracia de indulto y por cuyo artículo 2.º se disponía que todas las causas que dieran por resultado una sentencia de muerte pasaran al Congreso con la necesaria certificación o informe del Sr. Ministro de Gracia y Justicia, para que la Asamblea resolviera si había o no lugar al indulto» (p. 67).

<sup>37</sup> La prohibición de conceder la gracia en el caso en que un ministro fuese acusado

mina que la prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos de dicho artículo. La opinión dominante parece entender que los supuestos mencionados se refieren sólo a los del punto 2 del citado artículo, es decir, a la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno cuando la acusación fuese por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado. Parece entenderse, en consecuencia, que la determinación del punto 1 es procesal «ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Pero podemos preguntarnos si no lo sería también la del punto 2: «sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo». Parece que el Tribunal Supremo, en su informe favorable, debió pensar que los ex ministros sí serían indultables, aunque fuera por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, cuando desempeñaban el cargo. Lo que supone, como es notorio, una interpretación del artículo 102 muy restrictiva, también muy garantista para ex presidentes y ex ministros, y muy poco respetuosa con las garantías que la Constitución parecía fijar frente al abuso de poder.<sup>38</sup>

Desde la perspectiva de la garantía frente al abuso de poder no parece que la solución encontrada sea muy oportuna. Sin embargo, tiene su apoyo en el estudio de nuestra tradición constitucional. En efecto, la exclusión de la facultad de indultar ministros es una constante de las constituciones progresistas, que prohibían esta facultad al Rey, en última instancia al Gobierno, respecto a los ministros condenados en juicio de responsabilidad ante las Cámaras, siempre que el indulto no hubiese sido aprobado por alguna de ellas. Así, por ejemplo, el artículo 90 de la Constitución de 5 de junio de 1869: «Para que el Rey indulte a los ministros condenados por el Senado ha de preceder petición de uno de los Cuerpos colegisladores». Este artículo reproduce el 52 del proyecto de 1856 cuando dice: «Tampoco podrá indultar a ningún Ministro á quien se le haya exigido la responsabilidad por las Cortes sino á petición de uno de los Cuerpos Colegisladores».

Desde esta perspectiva, el artículo 102 admitiría dos interpretaciones, una restringida, según la cual: «La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos de este artículo», del punto 3 afec-

---

fue introducido por el *Act of Settlement* de 1701, y tenía el propósito de que el soberano no pudiese, con el instrumento de la gracia ejercida antes de la acusación, evitar la iniciativa de la Cámara contra el ministro donde estaba el germen de la responsabilidad política del Gobierno. Gustavo ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili Costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 34.

<sup>38</sup> Ciertamente es que la interpretación del Supremo evita el riesgo de autoindulto, pero esto no puede ser la única función del artículo 102, que debe buscar también que se evite una inmunidad del Ejecutivo.

ta al punto 1, esto es, a toda «la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno» que será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo», y otra basada en las Constituciones históricas, según la cual sólo se refiere al aspecto más restringido del punto 02, es decir, «si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo».

Esta limitación no figuraba en la Constitución de la Restauración, y por ello ante la duda de si el Rey, realmente el Gobierno, podía indultar ministros, preguntaba Carvajal: «Yo insisto sobre el inconstitucionalismo que hay en esta manera de resolver las cuestiones; pero sobre todo espero la respuesta del Sr. Ministro de Gracia y Justicia. ¿Tiene el Rey facultad de indultar a sus ministros cuando éstos han sido declarados responsables por las Cámaras? Ésta es otra pregunta a que en su día el señor Ministro tendrá que contestar»<sup>39</sup>.

Como veremos, en materia de indulto se enfrenta el principio general *pro reo* del Derecho penal con la necesidad de limitar una prerrogativa exorbitante que interfiere con el principio de cumplimiento de las penas y la igualdad ante la ley. Así, algunas interpretaciones *pro reo* son más bien interpretaciones extensivas de las facultades gubernamentales.

En el otro caso que ha estado en el centro de la atención de los medios, también podríamos pensar que la discusión se ha centrado en las dudas que sobre el respeto a la independencia del Poder Judicial puede plantear que el Gobierno, mediante real decreto, reintegre a la carrera judicial a un juez expulsado tras resolución judicial. Creo que el Auto de 18 de enero de 2001 del Tribunal Supremo, sobre la aplicación del indulto a Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, y el voto particular de Luis Román Puerta, son muy ilustrativos de las posiciones encontradas que se han generado sobre en qué consiste el control de legalidad que aplica el Tribunal sentenciador y cuál es el alcance de la prerrogativa<sup>40</sup>. Me temo que no ha sido

<sup>39</sup> Y añadía: «Señores Diputados, me diréis: ¿cómo es posible que esto haya pasado inadvertido, cómo es posible que habiéndose juntado tanto sabio en materias constitucionales para hacer esta obra maestra que ha de ser en el orden del sistema parlamentario una especie de catedral de Colonia, llena de colores, llena de encajes, llena de maravillas arquitectónicas, cómo es posible que haya pasado inadvertido? Pues el motivo es sencillísimo. Esto no se discutió». José DE CARVAJAL Y HUÉ, *op. cit.*, pp. 308 y ss.

<sup>40</sup> También se ha generado un interesantísimo debate sobre el alcance y efectos de los Reales Decretos de Indulto sobre la pena de inhabilitación especial que es marginal al tema principal que tratamos.

esto lo más relevante en el debate público, aunque desde la perspectiva adoptada en este trabajo es lo único que tiene importancia. Las otras razones, las que mueven las tomas de posición de muchos y explican el ardor puesto en una cuestión que se afronta con una perspectiva exclusivamente política, deben tenerse en cuenta, si acaso, para concluir que el derecho de gracia ha de estar limitado. Es decir, aun respetando sus peculiaridades, debe ser encauzado dentro del sistema general del Derecho<sup>41</sup>. Que entonces deja de ser una prerrogativa en sentido estricto es dato que viene siendo señalado reiteradamente.

De hecho, la idea de que el indulto está unido necesariamente al favor y, por tanto, al abuso de la propia posición, de que constituye una permanente tentación para el que recibe una petición a través de un amigo o de un pariente, que puede ayudar a reforzar los lazos del clientelismo político, que es una ofensa a la igualdad ante la ley, se recoge en numerosos textos, fundamentalmente en los de los autores que han tenido mayor importancia en la definición de la democracia moderna.

Expresiones particularmente duras se recogen por Carvajal cuando afirma que: «Esta necesidad de indulto que hemos considerado en cierta medida con caracteres de permanencia por la imperfección de la ley es la causa que le origina racionalmente, mas cuando se llega al conocimiento del hecho y se analiza, se advierte que jamás le ocasiona, sino que siempre le sirve de pretexto o disfraz. El favor es quien le motiva y la preferencia establece una irritante desigualdad. Se halla unas veces barnizado por el sentimiento, otras adulterado por la conveniencia personal y, en la mayoría de los casos, el eunuco y la favorita, que antes obtenían esta gracia por el servilismo o por la complacencia según el estado de las costumbres cortesanas que han cambiado de forma y son idénticas en el fondo, están hoy reemplazadas por otros agentes entre cuyos móviles puede figurar la codicia, para mayor escarnio»<sup>42</sup>.

Y es que el indulto como medida destinada a suavizar una general dureza de las leyes penales parece especialmente inadecuado. Con Llorca: «En efecto, la otrora severidad de nuestras leyes penales, respecto de las cuales el indulto actuaba a modo de válvula de escape, como medio para templar su rigor, ha desaparecido. Ciertamente que la injusticia de las leyes crueles no se evita sustrayendo a su acción algunos pocos privilegiados por

<sup>41</sup> Por eso ZAGREBELSKY entiende que las diversas instituciones en las que se manifiesta el derecho de gracia en Italia deben contemplarse desde su coherencia o contradicción con los principios generales del sistema jurídico. Gustavo ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 6.

<sup>42</sup> José DE CARVAJAL Y HUÉ, *op. cit.*, pp. 138-139.

medio del derecho de gracia. Ciertamente también que no hay nada de justo en la facultad de anular en unos casos las sentencias pronunciadas conforme a la ley y dejar que se ejecute en otros. Pero otros tiempos. Aciagos tiempos en los que el indulto no salvaba de la severidad reinante al menos culpable, sino al más afortunado»<sup>43</sup>.

Sin necesidad de compartir lenguaje tan duro como el de Carvajal creo que es notorio que la generalización de los indultos, hasta hacerse habituales, permite a la influencia política penetrar en el ámbito de la Justicia, creando una forma de resolver los asuntos judiciales penales extraña a la vía ordinaria propia de un Estado constitucional. Pues autoriza a recurrir al que se conoce para que medie. Aunque no sea grave en cada caso, pues no es habitual que se indulte en los delitos que tienen más reprobación social, sí sería grave por la influencia que tiene en el conjunto del sistema.

Nuestra legislación sigue siendo básicamente la promulgada el 18 de junio de 1870. Como tantas veces ha ocurrido en nuestra historia, esta Ley, que ha regido casi sin interrupción durante ciento treinta años, nació con el título de provisional, y es que en España hay provisionalidades casi eternas. En efecto, la Ley sólo fue suprimida por el Gobierno de la Primera República el 9 de agosto de 1873, pero volvió a estar en vigor desde el 12 de enero de 1874, tras el Golpe de Pavía. Así, en Decreto dado el 3 de enero se dispone:

«El Gobierno de la República decreta:

Artículo 1.º Se restablece en toda su fuerza y vigor la Ley de 24 de mayo de 1870 para el ejercicio de la gracia de indulto, quedando en su consecuencia derogada la de 9 de agosto de 1873.

Artículo 2.º El Ministro de Gracia y Justicia reclamará con toda urgencia de la Comisión encargada del Congreso de los Diputados los expedientes sobre indultos que obran en la secretaría para tramitarlos con arreglo á las disposiciones de la ley restablecida a la cual quedan igualmente supeditadas todas las causas pendientes».

Las modificaciones de la Ley han sido variadas y en general han producido un resultado menos judicialista del original. Entre ellas se encuentran en vigor el Decreto de 22 de abril de 1983; la Ley 1/1988, de 14 de enero; la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1993; por supuesto la Constitución Española de 1978; el Código Penal de 1995 (arts. 4 y 130.3.º), y el Reglamento Penitenciario de 1996 (art. 206).

<sup>43</sup> José LLORCA ORTEGA, *op. cit.*, p. 18.

La Ley de 1870 procuraba dar un carácter restringido a uso de esta prerrogativa. Y ello por el acento en la motivación y en el procedimiento, aunque no en cuanto a los delitos indultables, pues se supera la tendencia histórica a excluir ciertos delitos del indulto. Así Carvajal afirmaba: «El punto principal que sobresale en la Ley de 18 de junio de 1870 es el de la amplitud que ha adquirido la gracia de indulto con relación a los actos criminales. Las reservas hechas por los Emperadores de Roma y por los Reyes de España, lo mismo en su concepto general que en su aplicación particular, han desaparecido; la gracia por este lado no encuentra límite»<sup>44</sup>.

En efecto, el artículo primero de la Ley afirma que: «Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta Ley, de toda o parte de la pena en que por aquellos hubiesen incurrido».

¿Dónde se encuentran pues los límites de la Ley de 1870? En primer lugar, a través de las excepciones del artículo 2.º: los que no hubiesen sido condenados por sentencia firme, los que no estuviesen a disposición del Tribunal sentenciador. Y sobre todo la del punto 3.º: «Los reincidentes en el mismo o en cualquier otro delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia». Según la interpretación de este artículo no cabe indulto a reincidentes contra el parecer del Tribunal sentenciador, lo que dista de aplicarse exactamente. Incluso esta posibilidad se excluía en el caso de delitos especialmente graves como los descritos en el artículo tercero de la ley de indultos.

Esto se realizaba tasando los motivos del indulto e incluso exigiendo su motivación frente a prácticas anteriores. Igualmente daba un papel muy relevante al informe del Tribunal sentenciador, restringiendo los efectos del indulto cuando el informe era negativo. Tal como hace el artículo 11 que decía: «El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador y del Consejo de Estado».

En cualquier otro caso se concedía el parcial «y con preferencia la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual». Todo ello según el artículo 12, que reincidentía en la garantía del informe favorable del Tribunal sentenciador y en este caso con una disyuntiva «o del Consejo de Estado» para dar un indulto parcial que con-

<sup>44</sup> José DE CARVAJAL Y HUÉ, *op. cit.*, p. 227.

sistiese en conmutar por pena de distinta escala. Así: «Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior podrá también conmutarse la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, y el penado además se conformare con la conmutación».

La evolución posterior de la institución, reflejada tanto en las reformas legislativas como en las sucesivas prácticas impuestas, lejos de profundizar en esta línea inicia un camino diametralmente opuesto. Así, desapareció el preceptivo informe del Consejo de Estado. Esto en cierta medida agiliza el indulto, pero igualmente lo trivializa. Además, creo que de haberse mantenido el preceptivo informe esto hubiera ayudado mucho a resolver y evitar problemas jurídicos ahora presentes. Por ejemplo, sobre la extensión de ciertos indultos y las consecuencias que tienen sobre las inhabilitaciones, y sobre el mismo concepto de pena cumplida. Es de destacar, además, que la supresión se realizó por el Decreto de 22 de abril de 1938, que en su artículo tercero prescribía que: «No se precisará para la concesión de la gracia el informe del Consejo de Estado que prevenía el artículo 28 de la mencionada Ley de 18 de junio de 1870». Es sorprendente que una medida excepcional tomada además durante el período bélico, con las dificultades que sufrieron todas las instituciones ordinarias del Estado, haya tenido tan largo y duradero éxito. Hasta tal punto que la Ley 1/1988, de 14 de enero, tendente sobre todo a actualizar la terminología de la vieja Ley de 1870, suprime la mención al Consejo de Estado en los artículos 2, 11 y 29. Aunque lo mantiene en el 12 por un indudable error, tal como destaca con acierto José Llorca Ortega<sup>45</sup>.

Muy posteriormente, ya en época constitucional, y de forma harto discutible, se suprimió la obligación de motivar los indultos, lo que, como es notorio, los convierte en inmotivados y presuntamente arbitrarios, eximiendo al Gobierno de la obligación incluso de una motivación *pro forma*. Esta modificación introducida por la Ley de 14 de enero de 1988 consistió en una adaptación técnica por la que se sustituía la expresión «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros» por Real Decreto. La carencia de motivación del indulto permite eludir la referencia a las supuestas razones que justifican el indulto según la norma de 1870, es decir, justicia, equidad o utilidad pública, y elude en el texto del decreto la referencia al acuerdo por estas razones del informe del Tribunal sentenciador. Se recupera en cierta forma la primitiva referencia de la gracia descrita

<sup>45</sup> José LLORCA ORTEGA, *op. cit.*, p. 188.

por María Inmaculada Rodríguez López: «Teniendo en cuenta el concepto que se ha dado de perdón no es difícil sacar una primera consecuencia, a todas luces evidente: que el perdón, como manifestación de la gracia real, que podía revestir formas muy diferentes (concepto amplio), era una prerrogativa arbitraria de la que podía usar y abusar el monarca»<sup>46</sup>.

También ha tenido un efecto muy negativo sobre la seguridad del sistema jurídico y el principio de aplicación de las penas la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena por parte del Tribunal sentenciador introducida por el Código Penal de 1995 y que se está produciendo con frecuencia muy superior a la aconsejable. Aunque un sector de la doctrina entiende que esa suspensión sólo es aplicable en los estrictos supuestos de los párrafos 1 y 2 del artículo 4.º del Código Penal, es decir, si pudiera verse vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o cuando de no suspenderse la pena la finalidad del indulto resultase ilusoria<sup>47</sup>. Igualmente la propia eliminación de la restricción de la nueva solicitud de indulto tras la denegación del mismo ha incidido en esta expansión de la gracia. Esta eliminación se produjo por Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1993, que derogaba la Real Orden de 24 de diciembre de 1914. En el aspecto que tratamos la reforma se justifica en el Preámbulo con el razonamiento de que: «Así, la actual regulación contenida en la norma cuarta de la Real Orden de 24 de diciembre de 1914, por la que se impide la tramitación de nueva solicitud de indulto en el año siguiente a la emisión en sentido desfavorable de un mero acto de trámite, responde a una cautela procedimental en clara contraposición con el principio procedimental de facilitación administrativa en el ejercicio de derechos y en la

<sup>46</sup> M.<sup>a</sup> Inmaculada RODRÍGUEZ FLORES, *El perdón real en Castilla (siglos XII-XVIII)*, Universidad de Salamanca, 1971, p. 227.

<sup>47</sup> A juicio de José LLORCA ORTEGA: «Es deseo, pues, del legislador que los órganos judiciales, en los supuestos indicados (de punición injusta o excesiva), queden sometidos al imperio de la ley y procedan a la inmediata ejecución de su resolución (“sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia”). Este mismo criterio —de ejecución inmediata— es el manifestado por el propio legislador en la Ley Procesal, tanto respecto del procedimiento abreviado como del procedimiento ordinario, cuyas disposiciones son aplicables al anterior.

Por último, el artículo 32 de la LI, al abordar la cuestión ahora planteada (de si la solicitud de indulto ha de motivar o no la suspensión de la ejecución), la resuelve armónicamente con el principio expuesto de ejecución inmediata de la resolución, y lo hace a través de un texto que, por su claridad, no admite dudas: “La solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, salvo el caso en que la pena impuesta fuere la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal sentenciador”. Aunque la referencia a la pena de muerte ha de estimarse inoperante, el primer inciso del precepto evidencia claramente cuál es la voluntad del legislador» (*op. cit.*, p. 154).

promoción de intereses legítimos por parte de los ciudadanos que informa el artículo 35.i) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

Especialmente grave ha sido, también, la modificación del papel del informe del Tribunal sentenciador respecto a cómo fue previsto en la primitiva redacción de la Ley de Indultos. No sólo se ha pretendido difundir la idea extraña a la Ley, y a la distinta naturaleza del órgano informante, de que el informe del fiscal al Tribunal sentenciador tiene el mismo peso respecto al Gobierno que el del propio Tribunal, sino que además se burla el espíritu de la Ley de Indultos en lo que respecta a las consecuencias del informe negativo del Tribunal. En efecto, según el artículo 24, el informe del Fiscal es oído por el Tribunal junto con el del jefe del establecimiento penitenciario, el Gobernador de la provincia si no estuviese en prisión y la parte ofendida. No es, pues, un informe alternativo al del Tribunal sentenciador para ser evaluado por el Gobierno.

Y es que, en efecto, es claro que contra el criterio del Tribunal sentenciador sólo cabe con carácter general indulto parcial, que consistía en la reducción de la pena impuesta por otra menos grave dentro de la misma escala gradual prevista en el Código Penal. Requiriéndose informe favorable del Tribunal sentenciador para conmutar por pena de otra escala. Todo ello según el artículo 12 del la vigente Ley de Indultos. Al haber desaparecido dicho sistema del Código sin que se haya modificado la Ley de Indultos el efecto es que se han producido una serie de indultos que son totales de hecho, si bien mantienen a lo sumo la formalidad de mantener la sanción económica<sup>48</sup>. Para ser justos conviene resaltar que el Gobierno muchas veces ha encontrado más respuesta en el Ministerio Fiscal que en los propios Tribunales a la hora de intentar reducir por vía de indulto las sanciones a condenados que parecían haber superado las circunstancias que influían en su delito, aunque en modo alguno lo justificaban, como eran fundamentalmente las relacionadas con las drogodependencias.

---

<sup>48</sup> Esta sustitución va dirigida exclusivamente a aliviar la pena y no tiene el fin recaudatorio que tuvieron algunos indultos fundamentalmente en el siglo XVII: «A lo largo de todo el siglo XVII la mayor parte de los perdones que se conceden son mediante el pago de una determinada cantidad por el reo. La cantidad que consta en la concesión es variable, y en general suele ser proporcional a la gravedad del delito que se perdona y a la condición social y económica del beneficiado.

Éstos son los llamados perdones “al sacar” que se comprenderían como una manifestación de las llamadas “gracias al sacar”. O sea, se conceden estos perdones imponiéndose al reo la obligación o condición de pagar una determinada cantidad. Vienen a constituir un perdón por precio, aunque esto choque con el carácter de acto gratuito o liberal, que es el carácter esencial del perdón como gracia». M.<sup>a</sup> Inmaculada RODRÍGUEZ FLORES, *El perdón real en Castilla...*, op. cit., p. 66.

Por supuesto que en esta evolución también se han producido algunos pasos positivos desde el punto de vista de las garantías jurídicas, como ha sido la práctica de resolver las denegaciones de la gracia de indulto mediante acuerdo del Consejo de Ministros, frente a la costumbre anterior de sencillamente resolver no elevarlos en el seno del propio Ministerio de Justicia, que de facto estaba contribuyendo a que un número muy elevado de indultos no tuviesen un final formal.

En este punto, manifestado especialmente en algunos casos recientes, se hace patente la ambigüedad de la institución que analizamos. Por una parte, y dado nuestro sistema garantista y *pro reo*, parece que, en cada caso concreto, la interpretación más extensiva de la facultad de indulto del Gobierno en cuanto favorezca al reo no repugna a nuestro sistema jurídico, pero, por otro, considerando el principio de división de poderes y la reticencia de nuestra legislación a la intervención gubernamental en asuntos judiciales, parece que lo más adecuado al espíritu general de nuestro orden constitucional es una interpretación reductiva de las facultades gubernamentales y de la propia institución. En este sentido debemos recordar que, pese a que determinados casos que se han dado recientemente entre nosotros produzcan la impresión contraria, el indulto no es una revisión, sino que parte ineludiblemente de la base de que la sentencia es justa. Esta obviedad para todo jurista debe reafirmarse, toda vez que en el enfrentamiento político y en la acción demagógica en los medios se ha creado en numerosos casos la sensación de que el indulto viene a poner remedio a una sentencia injusta. Si esto fuera así, el indulto sí se convertiría en una injerencia intolerable del Ejecutivo frente al Judicial, pues le enmienda la plana, de una forma pública y notoria, sin que el Judicial tenga medio de responder a este atropello. En última instancia, tendríamos una nueva sentencia sin contradicción, o con una contradicción absolutamente desigual, donde lo que importa es el acceso a los medios de comunicación y la capacidad de presión política, es decir, precisamente lo que según todos los manuales no debe influir en un juicio.

Es por ello que conviene resaltar respecto a esta institución, y de una forma que no deje lugar a dudas, que el reo no tiene derecho al indulto, y, por el contrario, el indulto sí puede llegar a afectar al derecho, a su certeza, a las garantías contra el abuso de poder, a la división de poderes, a la irrevocabilidad de las sentencias, a la sujeción de todos a las leyes y a la igualdad ante la ley. Esta afirmación tan evidente, el que recibe una gracia no tiene derecho a ella, se hace muy difícil de entender para nuestra mentalidad contemporánea. En primer lugar, por el subjetivismo que caracte-

riza la ideología dominante, que tiende a convertir cualquier pretensión en derecho subjetivo, sin considerar otro factor que el alcanzar aquello a lo que se aspira. Pero junto a ésta desviación, si se me permite utilizar este término, existe otra dificultad que parte de la propia función del Derecho en nuestra realidad, que se relaciona con la aspiración al gobierno de la ley. En efecto, estamos habituados a pensar que en la esfera pública si alguien alcanza algo es que tiene derecho a ello, pues en caso contrario estaríamos ante una arbitrariedad intolerable, una violación del Derecho. En otras palabras, el mismo concepto de gracia nos es extraño, de manera que su expectativa o se convierte en un derecho o tiene encaje en nuestro universo conceptual y jurídico.

Esta observación, por supuesto, no se refiere al hecho de que el solicitante de la gracia de indulto sí tiene en sentido estricto derecho a que su petición se tramite y resuelva conforme a lo dispuesto por la Ley. Y que en su tramitación debe gozar de las garantías que con carácter general reconoce el ordenamiento jurídico.

Sea como fuere, la ausencia completa de la institución del perdón dejaría al individuo sometido a una situación terrible, claramente descrita en los siguientes términos: «Sin ser perdonados, liberados de las consecuencias de lo que hemos hecho, nuestra capacidad para actuar quedaría, por decirlo así, confinada a un solo acto del que nunca podríamos recobrarlos; seríamos para siempre las víctimas de sus consecuencias, semejantes al aprendiz de brujo que carecía de la fórmula mágica para romper el hechizo»<sup>49</sup>.

Por supuesto el perdón puede encubrir una situación real de dominio, en el que se ejerce el poder sobre otro. No se trata tanto de una verdadera clemencia, sino otra faceta del absoluto dominio que unos hombres ejercen sobre otros. Dostoievski describió también con acierto este poder completo especialmente en las fases tardías del absolutismo, como era la situación de la Siberia del siglo XIX en la que sufrió prisión. Este poder se ha manifestado especialmente a través del odioso castigo físico, respecto al que sus *Memorias de la casa muerta* constituye un formidable alegato. En el mismo se podía manifestar lo más odioso del hombre: «Quien ha experimentado una sola vez el poder, el dominio ilimitado sobre el cuerpo, la sangre y el espíritu de otro hombre igual a él, que ha sido creado de la misma manera, que es su hermano por la ley de Cristo; quien ha experimentado el poder y la capacidad absoluta para humillar de la forma más denigrante a otra criatura portadora de la imagen divina, ése pierde por fuerza el control sobre

<sup>49</sup> Hanan A. ARENDT, *La condición humana*, op. cit., p. 257.

sus propios sentimientos. La crueldad es un hábito: es susceptible de desarrollarse, y de hecho se desarrolla, hasta convertirse en una enfermedad (...) Además, en vista que se puede ejercer semejante tiranía, el ejemplo cunde y se extiende por el cuerpo social de forma contagiosa: se trata de un poder muy seductor. Una sociedad que observa este fenómeno con indiferencia ya ha sido corrompida en sus mismos fundamentos».

Este poder de castigo se extiende por toda la sociedad, facultando a que en cada nivel diversos funcionarios y personas en distintos papeles, como el padre, el señor o el marido, ejerzan la arbitrariedad más absoluta. Como añade el propio Dostoievski: «En resumen, el derecho de castigo corporal otorgado a una persona para ejercerlo sobre otras es una de las lacras de la sociedad, así como uno de los medios más poderosos para exterminar en ella todo embrión, toda tentativa de desarrollar el espíritu cívico, y constituye la base más sólida para su descomposición absoluta e irreversible»<sup>50</sup>.

En este contexto, la gracia o el perdón muchas veces no limita la arbitrariedad, sino que la expresa con gran fuerza, y muchas veces con un rasgo de cierta crueldad. Como relata el mismo autor: «Hoy, 22 de diciembre, nos llevaron a la plaza Semiónovskaya. Ahí nos leyeron a todos la sentencia de muerte, nos permitieron besar la cruz, rompieron las espadas sobre nuestras cabezas y nos ataviaron con las camisas blancas para recibir la muerte. Después amarraron a los primeros tres al poste para llevar a cabo la ejecución. Yo era el sexto y nos llamaban de tres en tres; por lo tanto, estaba en el segundo grupo y no me quedaba de vida más de un minuto (...) En esto se oyó el toque de retirada. Los que estaban amarrados al poste fueron devueltos a su lugar y nos comunicaron a todos que su Majestad Imperial nos concedía la vida. Después siguieron las verdaderas sentencias»<sup>51</sup>.

Aunque Dostoievski generase una crítica a la ideología revolucionaria a la que achacaba incompreensión hacia el pueblo ruso, y que en cierta medida le había conducido a la cárcel, esto, por supuesto, no disminuye su juicio negativo sobre la situación de las cárceles del zarismo. Es igualmente muy hábil en la descripción de la conciencia de los humillados respecto a la sanción recibida y la propia visión del pueblo ruso respecto a los desgraciados que sufrían prisión, que se expresaba en múltiples muestras de solidaridad.

<sup>50</sup> Fiodor DOSTOIEVSKI, *Memorias de la casa muerta*, edición de Jesús GARCÍA GABALDÓN y Fernando OTERO GARCÍA, Barcelona, Alba Editorial, 2001, p. 228.

<sup>51</sup> Carta a su hermano Mijaíl del 22 de diciembre de 1849, en *Cartas a Misha (1838-1864)*, traducción de Selma Ancira, Grijalbo-Mondadori, 1995.

Así: «Pero casi todos los reclusos (...) tenían una visión muy distinta del asunto. No es posible, pensaba yo en ocasiones, que se consideraran totalmente culpables y merecedores de las penas, sobre todo cuando no han cometido un pecado contra sus compañeros, sino contra los jefes. En su mayoría, no se sentían culpables en absoluto. Ya he comentado que no había notado en ellos ningún remordimiento de conciencia ni siquiera cuando el delito se dirigía contra su propio entorno. Y no digamos cuando eran delitos contra los superiores. En estos casos, a veces me daba la impresión de que existía un criterio particular, por así decir, un criterio práctico o, más bien, realista (...) El recluso, por ejemplo, aunque tiende siempre a sentirse legitimado en sus delitos contra los superiores, de modo que para él no tiene sentido plantearse siquiera la cuestión, es consciente, en términos prácticos, de que las autoridades tienen una visión completamente distinta de su crimen y, por tanto, de que él debe ser castigado, y en paz»<sup>52</sup>.

Desde esta perspectiva, la supuesta superación de la doctrina retribucionista no ha ayudado mucho a situar el perdón en su relación con la justicia. El tratamiento utilitario o la prevención no requieren de perdón, pero lo que es peor, no favorecen nunca la conciencia del pago de la deuda contraída en la falta con el agraviado o con el conjunto de la sociedad. Siempre permanece una duda sobre el efecto del tratamiento, mientras que, por otro lado, la víctima casi siempre tiene la correcta sensación de haber sido injustamente olvidada.

---

<sup>52</sup> Fiodor DOSTOIEVSKI, *Memorias de la casa muerta*, op. cit., p. 217.