

..ReCrim2013..

**EL INDULTO: UNA PROPUESTA PARA INCLUIR EN EL CÓDIGO PENAL
SU REGULACIÓN ADAPTADA A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS
Y AL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

Miguel Abel Souto*
Profesor titular de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela

indulto — principio de legalidad — división de poderes
pardon — legality principle — division of powers

El artículo propone incluir en el Código penal una regulación del indulto que no vulnere el principio de legalidad ni la división de poderes.

The paper proposes to include in the Criminal Code a pardon regulation that does not violate either the legality principle or the division of powers.

Recibido: 07/02/13

Publicado: 25/03/13

© 2013 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

- I. Órgano de concesión respetuoso con el principio de legalidad y la división de poderes - II. Salvaguarda de las competencias constitucionales del monarca - III. Subsidiariedad y carácter extraordinario para evitar los indultos generales - IV. Adaptación al Código penal vigente de los delitos que excluyen el informe del tribunal sentenciador - V. Presupuestos del indulto - VI. Solicitantes tradicionales - VII. Exclusión constitucional - VIII. Motivación de las razones por las que la pena no resulta necesaria en el caso concreto

La actual tramitación de un anteproyecto de reforma de Código penal ofrece una magnífica oportunidad para acabar, de una vez por todas, con la decimonónica regulación del indulto, fuente de escándalos constantes, como los de un consejero delegado del Santander, condenado por acusación y denuncia falsa, *mossos d'esquadra* torturadores o un conductor kamikaze que mató a un joven, por citar los más recientes. A tales efectos se propone incluir en el Código penal un breve precepto, pero con cambios sustanciales, que tome en consideración ocho cuestiones fundamentales.

I. Órgano de concesión respetuoso con el principio de legalidad y la división de poderes

La pervivencia de la obsoleta institución del indulto exige una adaptación a principios constitucionales básicos y al estado democrático de derecho, de modo que se elimine la vulneración del principio de legalidad¹ y la quiebra de la división de

* miguel.abel@usc.es

¹ *Cfr.* ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Compendio de Derecho penal. Parte general, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 375.

poderes², con intromisiones del poder ejecutivo en una competencia “reservada con carácter exclusivo y excluyente para el poder judicial”³, que hasta ahora implica, así como desvincularlo del ejercicio de la monarquía absoluta en cuyo seno nació⁴.

Para ello es necesario que la potestad de indultar resida en el representante del pueblo, el parlamento⁵, que la ejercería mediante ley orgánica, la cual sería susceptible de recurso de inconstitucionalidad, con lo que se atiende a la propuesta del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL que exige “posibilitar algún tipo de control jurisdiccional”⁶.

De otro lado, en coherencia con esta modificación, debería eliminarse la referencia al gobierno, que ahora contiene el artículo 4.3 del Texto punitivo, en la tramitación del indulto.

II. Salvaguarda de las competencias constitucionales del monarca

Al objeto de poner de relieve que esta propuesta no requiere reformar nuestra carta magna ni afecta a las competencias constitucionalmente atribuidas al monarca, convendría incluir un inciso en la nueva regulación para recordar que sigue correspondiendo al rey la autorización de los indultos, según la letra i) del artículo 62, aunque ahora los aprueben las cortes generales.

III. Subsidiariedad y carácter extraordinario para evitar los indultos generales

Entre las exigencias del indulto sería oportuno incorporar su carácter subsidiario, dada la esencia residual ante la imprevisibilidad del supuesto de hecho para lograr la justicia material⁷, y extraordinario, como “excepción al normal funcionamiento de la administración de justicia”⁸, exigencias dirigidas a salvar la proscripción constitucional de los indultos generales⁹, pues la degeneración en concesiones excesivamente generosas incurriría en un fraude de ley, que debe denunciarse junto a la práctica “sesgada”¹⁰, tendenciosa o desviada de la que se viene haciendo gala con el indulto.

² Cfr. MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, 9ª ed. a cargo de GÓMEZ MARTÍN, V., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 770, marginal 11.

³ MAPELLI CAFFARENA, B., en CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B., Curso de Derecho penal. Parte general, Tecnos, Madrid, 2011, p. 381, marginal 829.

⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal. Parte general, 8ª ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 403.

⁵ Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Manifiesto sobre previsiones penales utilitarias: indulto, prescripción, atenuante de dilaciones indebidas y conformidad procesal, Madrid, 17 de noviembre de 2012, p. 3.

⁷ Cfr. GARCÍA SAN MARTÍN, J., El control jurisdiccional del indulto particular, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2006, pp. 321 y 322.

⁸ DOVAL PAIS, A./BLANCO CORDERO, I./FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C./VIANA BALLESTER, C./SANDOVAL CORONADO, J.C., “Las concesiones de indultos en España (2000-2008)”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 9, 2011, p. 2.

⁹ Cfr. GARCÍA SAN MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 318.

¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Derecho penal español. Parte general. En esquemas, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 789.

IV. Adaptación al Código penal vigente de los delitos que excluyen el informe del tribunal sentenciador

La actual exclusión del informe del tribunal sentenciador en ciertos delitos, recogida en la *Ley, de 18 de junio de 1870, por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto*, no está acompañada con las infracciones del vigente Texto punitivo, por lo que es necesario actualizar el catálogo de delitos y referirse tanto a los delitos contra la constitución, contenidos en el título XXI del Código penal, como a los delitos de traición y contra la paz o la independencia del estado, y los relativos a la defensa nacional, contemplados en el título XXIII del Texto punitivo¹¹.

V. Presupuestos del indulto

Cualquier regulación que aborde el indulto debería extraer del artículo 4.3 del Código penal los presupuestos de los que parte: el rigor legal que castiga lo que no debiera o sanciona excesivamente si se atiende al mal causado y a las circunstancias personales del condenado.

VI. Solicitantes tradicionales

En lo que concierne a los solicitantes del indulto se propone mantener las mismas posibilidades que ofrece la regulación actual; a saber: el penado, sus parientes, un tercero en nombre suyo, el tribunal sentenciador, el juez de vigilancia penitenciaria a instancia de la junta de tratamiento, el tribunal supremo, el ministerio fiscal o el gobierno.

VII. Exclusión constitucional

Es necesario excluir expresamente de los beneficiarios del indulto al presidente y a los demás miembros del gobierno, por mandato constitucional, pues nuestra carta magna, después de establecer que su responsabilidad criminal se exigirá ante la sala de lo penal del tribunal supremo, afirma categóricamente en el artículo 102.3 que “La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”.

VIII. Motivación de las razones por las que la pena no resulta necesaria en el caso concreto

A pesar de que la Ley 1/1988, de 14 de enero, cambió el requisito relativo a la concesión del indulto mediante “decreto motivado y acordado en consejo de ministros”, que figuraba en el texto de 1870, por un simple “real decreto”, sin especificar nada más, la doctrina sigue considerando que el consejo de ministros debe valorar los motivos alegados “con discrecionalidad, pero sin arbitrariedad, y, en todo caso, habrá de motivar

¹¹ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Una lectura crítica de la Ley de indulto”, en *InDret*, núm. 2, 2008, www.indret.com, p. 22, nota 45.

o fundamentar la concesión”¹², porque el artículo 9 de la Constitución proscribela arbitrariedad y “los indultos que sin explicación se apartan de la opinión del tribunal sentenciador tienen la apariencia de actos arbitrarios”¹³, de manera que la excepción a la potestad de ejecutar lo juzgado que el indulto implica “exige que el gobierno siga el informe del tribunal sentenciador y, si no lo hiciera, deberá justificar por qué se aparta de su criterio”¹⁴.

Por tanto, la ley orgánica que apruebe cada indulto debería dejar constancia de las razones de utilidad apuntadas por el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, la sobrevenida ausencia de necesidades preventivo generales o especiales¹⁵, cuando la pena resulte contraproducente o inútil “en el caso concreto”¹⁶, para evitar la quiebra del “principio de legalidad criminal y penal”¹⁷, o debería centrarse en el ajuste del principio de proporcionalidad en casos aislados¹⁸.

Así las cosas, atendiendo a lo expuesto en los ocho apartados precedentes, propongo modificar el número cuarto del artículo 130.1 del vigente Texto punitivo, que alude a la extinción de la responsabilidad criminal por el indulto, el cual pasaría a estar integrado por los tres párrafos siguientes:

Art. 130:

1. La responsabilidad criminal se extingue:

[...]

4º Por el indulto. Corresponde al rey autorizar los indultos aprobados, subsidiaria, extraordinaria y motivadamente, por las cortes generales mediante ley orgánica, previo informe del tribunal sentenciador, salvo en los delitos contra la constitución, de traición y contra la paz o la independencia del estado, y los relativos a la defensa nacional.

Cuando la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley implique el castigo de hechos que no debieran sancionarse o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, el penado, sus parientes, un tercero en nombre suyo, el tribunal sentenciador, el juez de vigilancia penitenciaria a instancia de la junta de tratamiento, el tribunal supremo, el ministerio fiscal o el gobierno podrán solicitar el indulto siempre que exista una condena firme, el sujeto se encuentre a disposición de la justicia y no se trate del presidente ni de los demás miembros del gobierno.

En el indulto constarán las razones por las que la pena no resulta necesaria en el caso concreto, podrá ser total o parcial y se condicionará a que el sujeto no cometa un delito doloso durante el tiempo que se señale, el cual no excederá de la duración de la pena indultada, al pago de las responsabilidades civiles, salvo que se declare la imposibilidad de que el condenado las satisfaga y, en su caso, a no abandonar el tratamiento que se le haya indicado durante un plazo no superior a cinco años.

[...]

¹² LLORCA ORTEGA, J., La Ley de indulto. (Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma), 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día conforme a la jurisprudencia dictada hasta el 1 de enero de 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 112.

¹³ RUIZ ROBLEDO, A., “Indultos inconstitucionales”, en *El País*, 16 de diciembre de 2012, en relación con el segundo indulto parcial a los *mossos d’esquadra* para neutralizar la orden de ingreso en prisión dictada por la audiencia provincial de Barcelona.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cfr. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

¹⁶ MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 770, marginal 11.

¹⁷ ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 375.

¹⁸ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 789.