

# Alcance, límites y control de la prerrogativa de gracia (consideraciones en torno al indulto de Gómez de Liaño)

*Juan Antonio Carrillo Donaire*

*Emilio Guichot*

Profes. Dres. de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. RELATO DE LOS HECHOS: 1. La sentencia condenatoria por delito de prevaricación continuada. 2. La denegación de la suspensión solicitada y la ejecución de la sentencia. 3. La concesión del indulto. 4. La aplicación parcial del indulto por el Tribunal sentenciador. 5. La desestimación de los recursos interpuestos contra el Auto de aplicación del indulto.— 6. La iniciativa frustrada de plantear un conflicto ante el Tribunal Constitucional. 7. El requerimiento de inhibición y el subsiguiente planteamiento de un conflicto jurisdiccional.— III. EL CONTROL DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE GRACIA. 1. Regulación y alcance de la potestad de acordar indultos particulares: A) Normativa aplicable. B) Los problemas de fondo que plantea el caso de autos: a) La cuestión de si el condenado había quedado privado de su condición de Magistrado; b) El alcance de la prohibición establecida en el art. 4 de la Ley de Indulto en el caso de autos; c) La cuestión de la suspensión de la pena. 2. El control judicial del ejercicio del derecho de gracia. A) Parámetros del control: límites legales y constitucionales a la discrecionalidad del Gobierno para conceder indultos; B) La competencia del Tribunal sentenciador y su eventual colisión con la competencia del orden contencioso-administrativo.— IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE 13 DE JUNIO DE 2001.— V. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

El indulto concedido al Sr. Gómez de Liaño y la secuela judicial del caso han puesto seriamente a prueba dos de los mecanismos excepcionales que nuestro ordenamiento prevé como cláusulas de cierre del Estado de Derecho. De un lado, el ejercicio de la prerrogativa de gracia, que desempeña una fun-

ción de garantía última del sistema en aquellos casos en que la aplicación estricta de la legalidad penal se aleja de la justicia material. De otro, el sistema de conflictos jurisdiccionales, previsto como vía de resolución de las controversias que puedan suscitarse entre la Administración y los órganos jurisdiccionales en orden a la extensión y alcance de sus respectivas competencias.

La aplicación práctica de ambos mecanismos ha sacado a la luz algunas de las disfunciones que genera el delicado equilibrio de poderes que consagra nuestra Constitución. Equilibrio entre poderes divididos, aunque no radicalmente separados, que en ocasiones colisionan provocando luchas intestinas en el seno del Poder cuyas motivaciones y efectos exceden siempre al debate jurídico, pero que tienen, al tiempo, hondas repercusiones —normalmente corrosivas— en el diseño jurídico institucional.

## II. RELATO DE LOS HECHOS

Exponemos a continuación el relato cronológico de los episodios de la compleja trama procesal del caso, comenzando por la sentencia condenatoria (1); pasando por la negativa del Tribunal sentenciador a la solicitud de suspensión de su ejecución (2); la concesión del indulto (3); su aplicación parcial por el Tribunal sentenciador (4); la desestimación de los recursos interpuestos contra el Auto de aplicación parcial del indulto (5); la iniciativa frustrada de plantear un conflicto entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional (6); y, para finalizar, el planteamiento del conflicto de jurisdicción (7).

### 1— La Sentencia condenatoria por delito de prevaricación continuada

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999 (Ar. 7176) condena al Sr. Gómez de Liaño por un delito continuado de prevaricación, a raíz de la instrucción judicial en el asunto Sogecable<sup>1</sup>, en los siguientes términos:

“Que debemos condenar y condenamos a D. Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella como autor responsable de un delito continuado de prevarica-

<sup>1</sup> Sobre cuyo presupuesto baste señalar que condenó al Sr. Gómez de Liaño por adoptar medidas provisionales desproporcionadas contra los directivos del grupo empresarial de comunicaciones PRISA y persistir en el mantenimiento de dichas medidas a pesar de haber sido declaradas ilegales, todo ello, con el trasfondo de una batalla de intereses económicos y políticos de gran calado.

ción (...) cometido al dictar los tres autos que han sido objeto de esta causa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dieciocho meses de multa a razón de 1.000 ptas. diarias y a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de quince años, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales producidas incluidas las de la acusación particular y excluidas las correspondientes a la acción popular.

En el caso de impago de la multa impuesta la responsabilidad personal subsidiaria se establece en un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.”

Remítase testimonio de esta sentencia al Consejo General del Poder Judicial a través de su Presidente.”

### 2— La denegación de la suspensión solicitada y la ejecución de la sentencia

Por Auto de 18 de octubre de 1999, la Sala sentenciadora acuerda proceder a la ejecución de la sentencia.

El Sr. Gómez de Liaño solicita del Tribunal sentenciador la suspensión de la ejecución de la condena, anunciando la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y la presentación de una solicitud de indulto ante el Gobierno. Alega que, de no accederse a la suspensión de la condena, el eventual indulto que pudiera concedérsele carecería de efectividad. El Tribunal Supremo deniega dicha solicitud mediante Auto de 28 de octubre de 1999. Se basa en que, de acuerdo con el art. 32 de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto<sup>2</sup> (en adelante LI), la solicitud de indulto no suspende el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, a lo que añade que:

“[...] la extensión de la pena aplicada y el hecho de que su ejecución no frustraría la finalidad perseguida con la solicitud de indulto, constituyen un argumento más para denegar la suspensión interesada”.

Argumento adicional de dudoso significado<sup>3</sup>, pero que conviene retener, pues desempeñará posteriormente un papel clave.

<sup>2</sup> Reformada por Ley 1/1988, de 14 de enero.

<sup>3</sup> ¿Quería el Tribunal significar que, habida cuenta la extensión de la pena de inhabilitación, un eventual indulto podría alcanzar al tiempo restante de condena, o bien que un indulto posterior podría llegar, incluso, a restituirle en su condición de Magistrado?

Dictado Auto de ejecución y denegada la suspensión, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), en sesión de 26 de octubre de 1999, acusa recibo de la comunicación del Tribunal sentenciador en la que se acordaba proceder a la ejecución de la Sentencia. En posterior sesión de 3 de noviembre de 1999, el Pleno del CGPJ decide por unanimidad dejar constancia de la condena en el expediente del Sr. Gómez de Liaño, determinando como fecha de inicio de la ejecución el propio día 3 de noviembre; comunicar dicho acuerdo al Ministerio de Justicia a los efectos económicos que procedan; poner en conocimiento de la Audiencia Nacional que el condenado ha quedado privado definitivamente del cargo que ostentaba en dicho órgano (titular del Juzgado de Instrucción Central núm. 1), acordándose el concurso para la provisión de dicha plaza; y comunicar ambas actuaciones al Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, mediante Auto de 24 de noviembre de 1999, decide dar por ejecutada la pena de inhabilitación especial “en lo concerniente a la privación definitiva del cargo y la consiguiente pérdida de la condición de magistrado del condenado”; aprobar la liquidación practicada en lo concerniente al tiempo de inhabilitación, teniendo en cuenta el período en que el Sr. Gómez de Liaño había estado suspendido de funciones; y tener por ejecutada la pena de multa. Dicho Auto no es recurrido ni por el condenado ni por el Ministerio Fiscal, por lo que deviene firme.

### 3— La concesión del indulto

Antes de decidir sobre el indulto solicitado, el Gobierno solicita al Tribunal sentenciador el dictamen acerca de su oportunidad previsto en los arts. 23 y 24 LI. El Tribunal Supremo emite dicho dictamen el 14 de junio del 2000, advirtiendo que la separación del cargo público ha de considerarse una pena ya cumplida, y, en consecuencia, no puede indultarse, dado que el art. 4 LI limita el indulto a las penas “que todavía no hubiese cumplido el delincuente”. Pese al informe desfavorable, el Consejo de Ministros decide indultar al Sr. Gómez de Liaño (junto a otros reos), mediante Real Decreto 2392/2000, de 13 de diciembre, según el cual:

“Vengo en indultar a Don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, la pena de inhabilitación especial, con todas sus consecuencias, lo que supone el reintegro a la Carrera Judicial, manteniéndose, sin embargo, la incapacidad para desempeñar cargo en la Audiencia Nacional o en cualquier Juzgado de la misma, durante el plazo de veinticinco años desde la publicación del presente Real Decreto, a condición de que no vuelva a cometer delito doloso durante el tiempo de normal cumplimiento de la condena”.

Dicho Real Decreto se publica en el BOE de 21 de diciembre de 2000. Del mismo se manda comunicación al Tribunal Supremo, encargado de su ejecución conforme al art. 31 LI, según el cual:

“La aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador”.

### 4— La aplicación parcial del indulto por el Tribunal sentenciador

Tras haber rechazado por unanimidad la recusación planteada por el Sr. Gómez de Liaño respecto de dos de los tres Magistrados de la Sala competente para ejecutar el indulto, el 8 de enero de 2001 se reúne el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su composición de “Sala General”, para fijar el criterio a seguir en este caso.

Debate, en primer lugar, si la competencia para controlar la legalidad del Real Decreto pertenece a la Sala de lo Penal o al orden contencioso-administrativo, obteniéndose una mayoría de diez a cuatro a favor de la competencia del Tribunal sentenciador.

Una vez afirmada la competencia, declara por mayoría de ocho a seis la ilegalidad del Real Decreto en lo que hace al reintegro como Magistrado del condenado, con el mismo argumento ya expuesto en su Informe previo al indulto, esto es, que el art. 4 LI prohíbe el indulto de penas una vez cumplidas, como es el caso de la pérdida de la condición de Magistrado del Sr. Liaño. Una minoría de Magistrados, por el contrario, no considera que dicho artículo sea óbice para que el Gobierno pueda acordar su reintegro en la carrera judicial, de forma que lo procedente sería, a su parecer, que el Tribunal sentenciador aplique el Real Decreto de indulto en sus términos, dando cuenta al CGPJ para que éste dicte la resolución procedente.

La Sala del Tribunal Supremo integrada por los tres Magistrados que impusieron la condena, llamada ahora a aplicar el indulto, hace suyas las posiciones de la Sala General mediante Auto de 18 de enero de 2001, dejando constancia de la opinión minoritaria en forma de voto particular que suscribe el Presidente de la Sala.

### 5— La desestimación de los recursos interpuestos contra el Auto de aplicación del indulto

El condenado solicita información del CGPJ acerca de su expediente de expulsión, el cual le comunica que no se abrió expediente de separación de la

carrera judicial, ni remitió al BOE el acuerdo de expulsión, porque no se trataba de una sanción disciplinaria acordada por dicho órgano, sino de la simple ejecución de una pena impuesta por sentencia firme. Recibida dicha información, interpone recurso de súplica contra el Auto de aplicación parcial del indulto. Sostiene que nunca fue formalmente expulsado de la carrera judicial, al no seguirse el procedimiento establecido en los arts. 379.2 y 388 de la LOPJ, por lo que no ha llegado a perder su condición de Juez. Asimismo, niega que el Tribunal sentenciador pueda cuestionar la ejecución del indulto en sus propios términos.

El 5 de febrero de 2001, el Tribunal sentenciador rechaza el recurso, de nuevo por mayoría de dos a uno (con emisión de un voto particular por el Presidente de la Sala, que reitera las posiciones expuestas en su voto particular al Auto de ejecución parcial). El Tribunal sentenciador reafirma su competencia para entrar a conocer en la legalidad de un indulto y argumenta que, a lo largo del proceso, el Ministerio Fiscal, el Gobierno, el CGPJ, el Tribunal Supremo —tanto la mayoría como la posición minoritaria— y el propio condenado han convenido que sí se produjo la expulsión definitiva.

#### 6— La iniciativa frustrada de plantear un conflicto ante el Tribunal Constitucional

Entre tanto, un grupo de vocales del CGPJ solicita, conforme al art. 128 LOPJ, la convocatoria de un Pleno extraordinario para que se debata la conveniencia de plantear un conflicto entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional<sup>4</sup>. Los proponentes estiman que el Gobierno ha invadido las competencias del CGPJ al vetar al indultado el destino en la Audiencia Nacional, pues corresponde a este órgano, y no al Gobierno, la asignación de los destinos de los miembros de la carrera judicial. La propuesta es rechazada por el Pleno extraordinario del CGPJ por mayoría de diez a nueve.

#### 7— El requerimiento de inhibición y el subsiguiente planteamiento de un conflicto jurisdiccional

Ante la desestimación del recurso de súplica, el Gobierno presenta un requerimiento de inhibición al Tribunal sentenciador solicitándole que anule el

<sup>4</sup> Como es sabido, los conflictos que se susciten entre el Gobierno y el Consejo sobre sus competencias o atribuciones están regulados en los arts. 73 a 75 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que prevé la previa intimación al órgano que ejercita la competencia por parte del órgano que estime lesionado su ámbito de atribuciones. Sólo en caso de ser desatendida o rechazada, se planteará ante el Tribunal Constitucional, que decidirá lo que corresponda.

Auto (firme) de 18 de enero de 2001 (de conformidad con el art. 38 LOPJ). En su argumentación, el Gobierno hace suyos los razonamientos de los votos particulares formulados al Auto de aplicación parcial del indulto y a la sentencia que resolvió el recurso de súplica.

El Tribunal sentenciador decide que sea el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el que responda al requerimiento, en su configuración, no ya como Sala general, sino con carácter jurisdiccional. Mediante Auto de 13 de marzo de 2001, el Tribunal Supremo rechaza —por mayoría de diez a uno— inhibirse y anular el Auto de 18 de enero de 2001. A su vez, advierte al Gobierno que el planteamiento del conflicto puede ser contrario a la Constitución, dado que, conforme al art. 7 de la Ley de Conflictos de Jurisdicción, el Tribunal de Conflictos no puede anular ni revisar resoluciones firmes, como lo es el Auto que deniega parcialmente la aplicación del indulto. Queda así planteado el conflicto de jurisdicción ante el Tribunal de Conflictos.

El Tribunal de conflictos acuerda la admisión a trámite del conflicto. Solicita los preceptivos informes del Fiscal Jefe de la Sala de lo Contencioso-administrativo y de la Abogacía del Estado. Ambos apoyan la tesis del Gobierno<sup>5</sup>.

El 4 de junio tiene lugar la primera reunión deliberatoria y el 12 de junio la segunda, en que el Tribunal de Conflictos dicta Sentencia.

### III. EL CONTROL DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE GRACIA

Parece indiscutible que el Gobierno tiene un amplio margen de libertad en materia de indulto. Así lo han ido destacando todos los pronunciamientos habidos en este asunto, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Conflictos.

<sup>5</sup> Puede apuntarse, por cuanto se trató de un aspecto que tuvo —como tantos otros en este asunto— cierta trascendencia mediática, que entre el requerimiento de inhibición, la negativa del Tribunal Supremo a inhibirse, y el informe del Abogado del Estado ante el Tribunal de Conflictos se produce un cruce de argumentaciones en torno a la existencia de precedentes de control de la legalidad de indultos concedidos. El Tribunal Supremo cita cuatro sentencias de 1895 y 1896 para rebatir la idea de que nunca un Tribunal se ha negado a ejecutar un indulto en sus términos. El Abogado del Estado pone de relieve que las cuatro sentencias son inexistentes o inaplicables al supuesto de autos, y que, por el contrario, existen dos precedentes de los mismos años favorables a las tesis del Gobierno. Ante este argumento, el Tribunal Supremo facilita la reproducción de las sentencias citadas, admitiendo que en tres casos las fechas consignadas estaban equivocadas. Dos de ellas son, en realidad, las citadas por el Abogado del Estado, sólo que el Tribunal

Ahora bien, se plantea un doble interrogante: si esa libertad es absoluta, de una parte; y, de otra, si los Tribunales pueden controlar el ejercicio de esta potestad, y, en caso afirmativo, cuál es el orden jurisdiccional competente. Como puede comprobarse, se trata de cuestiones que precisan de una respuesta concatenada, de modo que nuestra exposición seguirá este orden lógico.

### 1. Regulación y alcance de la potestad de acordar indultos particulares

#### A) Normativa aplicable

La Constitución española hace algunas referencias a la figura del indulto. Su parca regulación presupone la constitucionalidad de la figura del indulto particular, y se encamina al establecimiento de la competencia y la fijación de límites para su ejercicio<sup>6</sup>. Junto a estas determinaciones específicas, es preciso recordar que el art. 9.3 de nuestra Carta Magna impone el límite de la interdicción de la arbitrariedad a la actuación de todo poder público, principio en cuyo alcance en materia de indulto se abundará más adelante.

La LI, por su parte, contiene toda una serie de determinaciones, tanto de competencia y procedimiento —podríamos calificarlas de “formales” o “adjetivas”— (a), como de fondo, “materiales” o “sustantivas” (b).

a) Entre las condiciones “formales”, cabe apuntar que:

—La *competencia* para acordar el indulto pertenece al Gobierno, y corresponde “indispensablemente” al Tribunal sentenciador la aplicación de la gracia<sup>7</sup>. La Ley instaura así un mecanismo de excepción a la exclusiva competencia judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, *ex art.* 117.3 CE, al menos en cuanto permite al Gobierno poner fin a la “ejecución de lo juzgado”.

---

Supremo les atribuye un sentido radicalmente distinto. En realidad, estas Sentencias parecen mostrar la posibilidad de control de legalidad del indulto bajo un parámetro de legalidad distinto, sin embargo, al del caso de autos, cual es la previsión del art. 2.1 LI, según la cual no pueden ser indultados los procesados criminalmente que no hubieren sido condenados por sentencia firme.

<sup>6</sup> Según el art. 62 i) CE, corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales. Conforme al art. 87.3 CE, no cabe la iniciativa popular en lo relativo a la prerrogativa de gracia. Finalmente, de acuerdo con el art. 102.3, la prerrogativa real de gracia no será aplicable a la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno.

<sup>7</sup> Art. 31 LI.

—El *procedimiento* goza de una regulación relativamente pormenorizada<sup>8</sup>. Destaca al respecto el relevante papel del Tribunal sentenciador, que ha de suministrar al Gobierno una serie de datos que implican necesariamente una valoración por su parte, y encaminados a posibilitar al Gobierno decidir en justicia con todos los elementos de juicio<sup>9</sup>; así como emitir un Informe sobre la oportunidad de la concesión del indulto y su extensión, que, en caso de ser negativo, imposibilita al Gobierno para conceder el indulto total<sup>10</sup>. Asimismo cabe destacar, por la importancia capital que tendrá en la resolución final del asunto que comentamos, que la LI prevé que la solicitud de indulto “no suspenderá el cumplimiento de la sentencia” (art. 32).

b) En lo que hace a las condiciones “materiales”, el indulto:

—No puede ser acordado por el Gobierno, salvo que lo estime oportuno el Tribunal sentenciador<sup>11</sup>, cuyo informe favorable también es —como vimos— requisito para la concesión del indulto total.

—Sólo puede referirse a las penas “que todavía no hubiese cumplido el delincuente”<sup>12</sup> (previsión esta que, junto a la no suspensión de la condena, tendrá un protagonismo decisivo en este asunto).

---

<sup>8</sup> Arts. 19 al 32 LI.

<sup>9</sup> Art. 25 LI: “[...] especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiese observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia”

<sup>10</sup> Arts. 11 y 23 LI.

<sup>11</sup> Art. 2: “Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior: 1. Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme. 2. Los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena. 3. Los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúan, sin embargo, al caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia.”

<sup>12</sup> Art. 4 LI.

—Ha de hacer mención expresa, cuanto menos, de la pena principal sobre la que recaiga la gracia, pues en caso contrario se dispone expresamente que el Tribunal no deberá ejecutar el indulto<sup>13</sup>.

—En caso de indulto parcial, debe consistir preferentemente en la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual<sup>14</sup>.

— No puede comprender la indemnización civil, ni de las costas procesales<sup>15</sup>.

—No debe concederse si causa perjuicio a tercera persona o lastima sus derechos, dando en todo caso audiencia a la parte ofendida, en los casos de delito perseguibles sólo a instancia de parte<sup>16</sup>.

— Es irrevocable<sup>17</sup>.

Como puede comprobarse, la CE y la LI imponen toda una serie de limitaciones al Gobierno en la concesión de indultos. Ciertamente, y haciendo abstracción de los elementos “formales”, el Gobierno tiene una amplia discrecionalidad para decidir *a quién* indultar, *cuándo* indultar, y *qué* indultar, pero incluso en estas materias encuentra sus límites (no puede indultar a determinados reos, ni penas cumplidas, ni la totalidad de la condena en caso de informe negativo del Tribunal sentenciador, respectivamente).

Parece evidente que todas estas previsiones, “formales” y “materiales”, vinculan al Gobierno, sometido en todas sus actuaciones a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como reza el art. 9.1 CE. En consecuencia, cabe concluir, a la vista de los datos normativos, que es posible un análisis en términos de legalidad de la actuación gubernativa en materia de indulto en cada caso concreto. Habida cuenta de que el indulto supone una inmisión del Po-

<sup>13</sup> Art. 5 LI.

<sup>14</sup> Arts. 11 y 12 LI.

<sup>15</sup> Arts. 6 y 9 LI.

<sup>16</sup> Art. 16 LI.

<sup>17</sup> Art. 18 LI.

der ejecutivo en la determinación de los efectos de las condenas impuestas por los Tribunales penales<sup>18</sup>, la vigilancia del cumplimiento de estos límites y, por tanto, del cumplimiento pulcro de la legalidad en el ejercicio de esta facultad por el Gobierno, parece que debe ser extremada.

Por otra parte, ha de notarse que, pese a que la concesión del indulto compete al Gobierno, el papel del Tribunal sentenciador es de máxima relevancia. *Ex ante*, porque su informe vincula al Gobierno, en la medida en que, de ser negativo, no le es dado indultar a determinados condenados o decretar el indulto total; *ex post*, como único competente para ejecutar el indulto, previa comprobación de que se concede “con arreglo a las disposiciones de esta Ley” (art. 1 LI)<sup>19</sup>.

Dejemos aquí este aspecto del control judicial y quién haya de ejercerlo —que anticipa un tema que abordaremos en el siguiente punto— para tratar de analizar, a la luz de lo expuesto, los aspectos de fondo que se plantean en el caso de autos, una vez conocida la normativa aplicable.

#### B) Los problemas de fondo que plantea el caso de autos

Las principales cuestiones que han dado origen a la polémica en el asunto que comentamos son tres: a) determinar si el condenado había quedado

<sup>18</sup> Nótese que la vigencia de la LI fue reinstaurada por Decreto del bando “nacional” de 22 de abril de 1938, en plena contienda civil, para superar la anterior regulación republicana que atribuía al Tribunal Supremo la concesión de indultos particulares (art. 102 de la CE de 1931). La Exposición de Motivos de dicho Decreto es significativa de una concepción e ideología radicalmente opuesta al principio de separación de poderes y a la consecuente atribución de la prerrogativa de gracia al Poder judicial: “El Nuevo Estado Español, no sólo reaccionado contra esas tendencias y principios productores de las terribles consecuencias que han rodeado su nacimiento, sino también como resultado de su peculiar naturaleza, se germinó jurídicamente asumiendo su Jefe todos los poderes absolutos del Estado. De tal forma, si por lo que tiene de culto a la tradición, el Nuevo Estado busca en la constante histórica de nuestro Derecho patrio la directriz del futuro ordenamiento, por lo que encierra de ansias totalitarias, proclama la unidad del Poder, sin tibiezas ni divisiones bizantinas”.

<sup>19</sup> En algunos casos, la LI es sumamente expresiva. Por ejemplo, en el art. 5 LI, al disponer que “será nula y no producirá efecto ni deberá ejecutarse por el Tribunal a quien corresponda la concesión del indulto en que no se hiciere mención expresa a lo menos de la pena principal sobre la que recaiga la gracia”. No obstante, parece que la competencia de control de legalidad debe extenderse a todos los aspectos regulados en la LI, como afirma LINDE PANIAGUA, E.: “aparte de las específicas menciones que se hacen en la Ley a propósito del control de los Tribunales en la aplicación del indulto, debe entenderse que aquellos están legitimados en cuanto competentes para aplicar el indulto y supervisar su legalidad, excepto en lo referido al ámbito de discrecionalidad que determina la Ley”, *Amnistía e indulto en España*, Ed. Tucur, Madrid, 1976, pág. 201.

privado de su condición de Magistrado con anterioridad a la fecha del indulto; b) establecer, en caso afirmativo, si el límite impuesto por el art. 4 LI (que restringe las penas indultables a las no cumplidas) impide al Gobierno disponer el reingreso del Magistrado en el cargo; c) determinar el juego de la suspensión del cumplimiento de la pena cuando se solicita el indulto. Dejemos ahora constataada las posiciones que han sido defendidas y la valoración que nos merecen, posiciones que podrán ser contrastadas con la solución final acogida por el Tribunal de Conflictos.

**a) La cuestión de si el condenado había quedado privado de su condición de Magistrado**

De acuerdo con el art. 42 del Código Penal, la inhabilitación implica la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y la incapacidad para obtener el mismo u análogos durante el tiempo de la condena.

Se defienden dos posturas contrapuestas acerca del alcance de esta previsión:

a) Por una parte, el condenado esgrime que no se llegó a consumir su separación del cargo de Magistrado, postura que ha sido ampliamente razonada por el Prof. GIMBERNART<sup>20</sup>. Sus argumentos son los siguientes. No pueden identificarse “pérdida definitiva del cargo”, a la que se refiere el Código Penal y el propio Tribunal sentenciador en su condena, con “pérdida de la condición de Magistrado”, término que emplea el Tribunal Supremo en sus posteriores pronunciamientos. En el ámbito judicial, “cargo” sería sinónimo de “plaza”, asimilación que encontraría apoyo en los arts. 319.1, 339 y 378.1 LOPJ<sup>21</sup>. El propio autor reconoce que las normas específicas que establecen

<sup>20</sup> En artículo de opinión aparecido en el diario EL MUNDO de 8 de diciembre de 2000.

<sup>21</sup> “1. La condición de jueces o magistrados se perderá por las siguientes causas:  
 3. Por renuncia a la carrera judicial. Se entenderán incursos en este supuesto los previstos en los artículos 322 y 357.3.  
 4. Por pérdida de la nacionalidad española.  
 5. En virtud de sanción disciplinaria de separación de la Carrera Judicial.  
 6. Por la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso. En los casos en que la pena no fuera superior a seis meses, el Consejo General del Poder Judicial, de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito cometido, podrá sustituir la pérdida de la condición de Magistrado o Juez por la sanción prevista en el artículo 420.1,d).  
 7. Por haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad, salvo que proceda su jubilación.  
 8. Por jubilación”.

el estatuto de otros cuerpos de funcionarios vinculan la pena de inhabilitación y la pérdida de la condición de funcionario<sup>22</sup>; pero lo cierto es que dicha vinculación se omite en la LOPJ, de modo que, “por olvido o error” (que para este autor resulta ilógico, puesto que el CP castiga más gravemente la prevaricación judicial que la administrativa), esta causa no figura en el art. 379.1 LOPJ como una de las que implican la pérdida de la condición de Magistrado. Ello explicaría que no se incoara en su momento al condenado el procedimiento previsto en los arts. 379.2 y 388 LOPJ, que exige audiencia del Magistrado e intervención del Ministerio Fiscal<sup>23</sup>. En definitiva, el principio de legalidad penal, *ex* art. 25 CE, reforzado por la garantía de inamovilidad del art. 117.1 CE, inclina a GIMBERNART a negar que el condenado hubiera perdido la condición de Magistrado.

b) Por otra parte, para el Tribunal Supremo, la inhabilitación lleva aparejada la pérdida de la condición de Magistrado<sup>24</sup>. No es óbice para ello que la inhabilitación no figure expresamente entre las causas de pérdida de la condición de Magistrado relacionadas en la LOPJ, puesto que la lista en ella contemplada no es exhaustiva, y, en este caso, la privación del empleo se deriva directamente de la sanción penal. De lo contrario, se llegaría al “absurdo” [*sic*] de que la prevaricación judicial tendría un trato privilegiado respecto de la del resto de cuerpos al servicio del Estado. Por lo demás, cuando la pérdida del cargo deriva de una sentencia penal, el procedimiento de ejecución, o de rehabilitación en su caso, no aparece regulado en la LOPJ, lo que significa que el Legislador entiende que es el proceso penal el campo adecuado para la ejecución, que se produce de forma autónoma y por imperativo legal.

<sup>22</sup> Así, el art. 37.1.d, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado; o el 46.1.d, del Estatuto del Ministerio Fiscal.

<sup>23</sup> Art. 379.2: “La separación en los casos previstos en las letras b), c), d) y e) del apartado anterior se acordará previo expediente, con intervención del Ministerio Fiscal.”. Art. 388: “Los procedimientos de separación, traslado, jubilación por incapacidad permanente y rehabilitación se formarán con audiencia del interesado e informe del Ministerio Fiscal y de la sala de gobierno respectiva, en perjuicio de las demás justificaciones que procedan, y se resolverán por el Consejo General del Poder Judicial.”

<sup>24</sup> “[...] es incuestionable que la pérdida definitiva del empleo o condición judicial, lleva aparejada la privación del cargo que se ostentaba en función de la relación de empleo con la Administración de justicia [...] Pretender que la inhabilitación especial afecta solamente al cargo y deja intacta la relación funcional o de empleo, es sostener que un Juez condenado por prevaricación sólo pierde el cargo destino y puede automáticamente pasar otro distinto o, en su caso, ser elevado a un rango jurisdiccional superior.”

Junto a de los sólidos argumentos del Tribunal Supremo, hay un dato clave que contribuye a desmontar la idea según la cual la pena vendría tan sólo a prohibir que el Sr. Gómez de Liaño continuara en su destino en la Audiencia Nacional. De seguirse este razonamiento, y habida cuenta que ya se había cumplido la pena de multa, ¡el indulto habría tenido el efecto de agravar la pena, que pasaría de 15 a 25 años de inhabilitación para ese concreto destino!. Asimismo, parece también un argumento forzado el que atribuye una importancia decisiva a la omisión del procedimiento previsto para los casos de pérdida de la condición de Magistrado derivada de otras circunstancias (p. ej., sanción disciplinaria). A nuestro juicio, cuando la sanción proviene de una sentencia penal, dictada con todas las garantías procedimentales que aseguran la vigencia del principio de contradicción, la pérdida de la condición de Magistrado deriva de la propia fuerza de la sentencia, sin que la ausencia de un procedimiento administrativo posterior y acumulado pueda suponer un obstáculo a la misma.

#### b) El alcance de la prohibición establecida en el art. 4 LI en el caso de autos

Como reseñamos, el art. 4 LI establece que:

“El indulto podrá ser total o parcial. Será indulto total la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente.”

Los términos de la polémica son los siguientes:

— El Tribunal Supremo entiende que la pena de separación del cargo es una “pena cumplida” y, por tanto, según deriva del tenor terminante y en apariencia unívoco del art. 4 LI, el Gobierno no puede indultar ya esa parte de la pena.

— No obstante, cabe otra interpretación (que, como veremos, parece subyacer al razonamiento posterior del Tribunal de Conflictos). Podría considerarse que lo que pretende la LI es expresar un límite fáctico: la imposibilidad de indultar penas cumplidas que, por su propia naturaleza, no pueden eximirse *a posteriori*, por haberse “cumplido” por el condenado (significadamente, el tiempo transcurrido en prisión). Por el contrario, cuando la pena tiene un alcance sólo jurídico (como la separación del cargo, reparable *ex post me-*

diante la rehabilitación), no existiría el mismo impedimento derivado de la naturaleza de la pena. Un argumento que nos parece apoyar esta interpretación es que el propio art. 8 LI prevé expresamente la posibilidad del indulto de pena pecuniaria con devolución de la ya pagada (e inequívocamente “cumplida”, podemos añadir)<sup>25</sup>.

#### c) La cuestión de la suspensión de la pena

Según el art. 32 LI:

“La solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, salvo el caso en que la pena impuesta fuese la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal sentenciador.”

Ya reseñamos cómo el Sr. Gómez de Liaño solicitó la suspensión de la pena, que le fue denegada, añadiendo el Tribunal Supremo, como argumento adicional que

“[...] la extensión de la pena aplicada y el hecho de que su ejecución no frustraría la finalidad perseguida con la solicitud de indulto, constituyen un argumento más para denegar la suspensión interesada”.

La importancia de esta decisión en supuestos como el de autos se encuentra en íntima y directa relación con el entendimiento del concepto de “pena cumplida inindultable” que se asuma. En efecto:

— Si se entiende que la ejecución de la pena equipara a ésta con una “pena cumplida” y, por ello, “inindultable”, la decisión de no suspender, y la subsiguiente ejecución de la pena, implica necesariamente la imposibilidad de indulto posterior de la separación del cargo. De este modo, la posibilidad de indulto de la separación del cargo pasaría necesariamente por la suspensión (o por una inmediata resolución de la solicitud de indulto que sobreviniera antes de la ejecución de la condena). Esta es la interpretación que se deriva del Auto del Tribunal Supremo de ejecución parcial del indulto, si bien hay que constatar que la consideración de que “su ejecución no frustraría la finalidad perseguida con la solicitud de indulto” arroja la duda de si ésta fue su interpretación desde un primer momento.

<sup>25</sup> Posición defendida en el Informe del Ministerio Fiscal previo al indulto y por el Prof. GIMBERNART, en su artículo *Significado de la “pena cumplida” en la ley de indulto*, publicado en el diario EL MUNDO, de 13 de diciembre de 2000.

— Por el contrario, de reputarse que la ejecución de la pena de separación no es óbice para el posterior indulto, con la consiguiente reposición del Magistrado en su condición, la concesión o no de la suspensión pierde gran parte de su trascendencia, que se proyectaría sólo sobre el tiempo que medie entre la ejecución y el indulto.

De cualquier forma, se hace preciso dirimir si el art. 32 LI prohíbe en todo caso la suspensión —salvo para la pena de muerte, por lo demás, expulsada definitivamente de nuestro Derecho en 1995— o bien establece una regla general, que puede conocer de excepciones.

En apoyo de la improcedencia de la suspensión milita el tenor literal del precepto, que no admite más excepción que la pena de muerte. Se trataría de una opción libre del legislador que bien pudo prever otros supuestos de suspensión, referidos a la ejecución de penas imposibles de reparar (como, *v. gr.*, las penas privativas de libertad cumplidas antes de un eventual indulto) y no lo hizo.

A favor de la suspensión parecería jugar el carácter irreparable de algunas penas, ya que de no concederse su suspensión, se imposibilitaría el posterior indulto posterior (máxime si se opta por un entendimiento estricto del concepto de “pena cumplida”, que abarque también, p. ej., la separación del cargo). Avalaría asimismo esta interpretación el dato de que el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia en materia de suspensión de la ejecución de condenas ante la interposición de recurso de amparo, viene reconociendo que la regla en supuestos de pena privativa de libertad es la suspensión, y la no suspensión la excepción<sup>26</sup>.

¿Qué ha de prevalecer? ¿La necesidad de no condicionar la libertad absoluta del Gobierno de indultar cualquier pena, y el interés del condenado por no iniciar o proseguir el cumplimiento de la condena hasta tanto no se resuelva la petición de indulto; o el principio de que toda pena ha de cumplir-

<sup>26</sup> El TC ha afirmado que la suspensión del fallo condenatorio penal es procedente cuando pueda ocasionar al recurrente perjuicios irreparables que hagan perder al amparo su finalidad, como el caso de las penas de prisión, si bien no se trata de un criterio absoluto, pues también ha de atenderse además a otras circunstancias, como son las relativas a la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma, el riesgo de sustracción de la acción de la justicia y la posible desprotección de las víctimas” (por todos, ATC 200/1999, de 22 de julio, FFJJ 1º y 2º)

se desde que se ordena su ejecución hasta que se ejercite, en su caso, el derecho de gracia? Desde luego, no cabe una posición sin matiz alguno, pues no puede obviarse la propia previsión legal de suspensión de la pena de muerte. Ahora bien, fuera de este supuesto, creemos que la letra del art. 32 LI trasluce un principio elemental: la excepcionalidad del indulto. Téngase en cuenta que existe una sustancial diferencia entre la suspensión cuando aún existe una vía judicial abierta —ya sea ante los Tribunales penales o ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo— y la suspensión de la condena por razón del indulto solicitado. En el primer supuesto está en juego nada menos que la tutela judicial efectiva; esto es, aún se mantiene el debate jurídico acerca de la procedencia de la condena, a resolver por el Tribunal apelado o por el Tribunal Constitucional. Por el contrario, en el caso del indulto, el condenado ya lo ha sido por sentencia firme, y lo que ejercita el Gobierno no es una revisión de la legalidad de una decisión penal, sino un derecho graciable. En otros términos, mientras que en el primer caso la ejecución de la sentencia controvertida podría dar origen a una situación de injusticia irreparable si el recurso finalmente es estimado; en el segundo, el cumplimiento de una condena legalmente impuesta no conllevaría inculidad alguna, y la liberación de la condena restante como consecuencia de un eventual indulto no tendría lugar en ningún caso por razones de legalidad, sino de pura oportunidad. En definitiva, revisión judicial de sentencias ilegales e indulto gubernativo de condenas legales son conceptos tan diversos que implican unas consideraciones radicalmente diferentes en materia de suspensión.

## 2. El control judicial del ejercicio del derecho de gracia

### A) Parámetros del control

El Tribunal Constitucional ha calificado la concesión del indulto como una potestad esencialmente discrecional, y en gran medida exenta del control jurisdiccional, por constituir su núcleo decisorio el ejercicio de una prerrogativa de gracia cuya concesión se funda en motivos de simple oportunidad y para cuya apreciación el Gobierno

“dispone de un amplio margen de discrecionalidad (...) sin que estas decisiones sean fiscalizables sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales” (AATC 360/1990, de 5 de octubre —F.J. 4º y 5º—, y 278/1997, de 16 de julio —F.J. único—, la cursiva es nuestra).

La potestad de indulto parece quedar asimilada, así, a la categoría del “acto político o de Gobierno”, al menos desde la perspectiva del limitado control

jurisdiccional que puede ejercerse sobre la misma, ya que, desde una perspectiva funcional y finalista, difícilmente puede equipararse la potestad de indulto a la acción política o de gobierno. La esencia de la acción de indultar se muestra más cercana a la función de juzgar que la de hacer política<sup>27</sup>, siendo una especie de reverso de la penalidad, una excepción constitucionalizada a la competencia exclusiva de los Juzgados y Tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

No obstante, la asimilación de la potestad de indulto a la de los actos políticos o de Gobierno sirve para explicar el carácter y la extensión del control jurisdiccional sobre el ejercicio de esta potestad. Que las decisiones de indulto no sean *sustancialmente* fiscalizables por los Tribunales no quiere decir que no quepan controles judiciales sobre el indulto (no en vano, el art. 62.i CE atribuye al Rey el ejercicio del derecho de gracia “con arreglo a la ley”), sino que estos tienen un carácter tendencialmente periférico, proyectándose más incisivamente sobre las condiciones de ejercicio de la gracia y sus efectos que sobre la decisión misma. Así, el control no podrá afectar a lo *sustancial* de la medida graciosa; o lo que es igual, a su oportunidad misma, ya que en este terreno el Gobierno goza de *un amplio margen de discrecionalidad*.

En este sentido, debe recordarse que los llamados actos políticos o de Gobierno no están exentos de control en los casos en que el Gobierno, para formar su decisión y determinar su alcance, haya tenido que respetar unos límites o requisitos previamente establecidos por el legislador mediante “conceptos jurídicamente asequibles” (como expresó el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sus tres sentencias de 4 de abril de 1997 relativas a la decisión del Gobierno de no desclasificar los “papeles del CESID”). Y el control de esos límites y requisitos no parece ser sustancialmente diferente al que se realiza de los “elementos reglados” de las potestades discrecionales<sup>28</sup> y de todos los actos del Gobierno “con independencia de cual sea su naturaleza jurídica” (art. 2.a de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

Así lo manifiesta expresamente el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2001 por el que se aplica el indulto concedido al

Sr. Gómez de Liaño, en el que, tras afirmar que “nadie discute que el Gobierno tiene un papel relevante, decisivo y exclusivo en el otorgamiento de la gracia del indulto”, se añade que el ejercicio del derecho de gracia está “condicionado por la legalidad y controlado por el Poder judicial a través del órgano sentenciador” (F.J. 1º.2). Y es que,

“aun cuando nos encontremos ante un poder discrecional que administra el Poder Ejecutivo, por amplia que sea cualquier discrecionalidad, siempre será un *quid aliud* respecto a la Ley, como cualquier otro producto administrativo, y estará por ello “sometida plenamente” a la Ley y al Derecho. El control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido atribuida” (F.J. 1º.3).

La posibilidad de control jurisdiccional de los elementos reglados del acto de indulto también es reconocida expresamente por el voto particular formulado a dicho Auto por el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Lo que igualmente reconoce la sentencia del Tribunal de Conflictos de 13 de junio de 2001, admitiendo que el Tribunal sentenciador

“pueda ejercer un control en la aplicación del mismo [del indulto] en determinados y concretos supuestos, en los que se haya producido una manifiesta vulneración de la legalidad” (F.J. 4)<sup>29</sup>.

Advirtiendo, no obstante, que dicho control

“nunca puede pretender extenderse a la motivación discrecional que constituye la esencia del perdón” (F.J. 3º).

Dejando a salvo, por lo tanto, el núcleo esencial de la prerrogativa de gracia, que consiste en la apreciación por el Gobierno de la oportunidad de conceder o no el indulto solicitado, no puede soslayarse que muchos requisitos y condiciones del ejercicio de dicha potestad, y el propio alcance y efectos de la gracia, están regulados en la ley y son perfectamente controlables por los Tribunales. Así se desprende de los preceptos de la LI que hemos analizado anteriormente, donde hemos visto que existen “elementos reglados” del acto de indulto que delimitan sus posibles destinatarios, disciplinan el “ámbito de lo

<sup>27</sup> En este sentido, LINDE PANIAGUA, E. *op. cit.*, págs. 176 y ss.

<sup>28</sup> Como han demostrado, entre otros, LOZANO, B. “El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID”, REDA, núm. 94, 1997, pág. 272; y JORDANO FRAGA, J. “¿Jaque mate al acto político?”, REDA, núm. 95, 1997, págs. 417 y ss.

<sup>29</sup> No se entiende bien el alcance limitativo que el Tribunal de Conflictos quiere añadir con el uso del adverbio “manifiesta”. El control de legalidad puede extenderse, sin duda, a las infracciones manifiestas y a las que no tengan tal carácter, como posteriormente veremos en el punto IV de este trabajo.

graciable” o el marco en el que el indulto puede concederse, el alcance y efectos del mismo, así como el procedimiento y los órganos competentes para su concesión y aplicación.

Junto a estos aspectos reglados que contiene la LI, también deben considerarse los “elementos reglados” que disciplinan la potestad de resolver cuando se ejercita el derecho de petición al que se refiere el art. 29 de la CE, por cuanto la prerrogativa de gracia es comúnmente clasificada por la doctrina como una de las manifestaciones del derecho de petición<sup>30</sup>. Ciertamente, solicitar la gracia del indulto es ejercitar el derecho de petición entendido como la posibilidad de dirigir peticiones a los poderes públicos sobre materias de su competencia, cuando los peticionarios no son titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos específicamente protegidos y susceptibles, por tanto, de ser canalizados por los cauces administrativos o procesales establecidos<sup>31</sup>. Así, los aspectos reglados de competencia y procedimiento del derecho de petición no contemplados especialmente en la Ley de indulto serían aplicables a las solicitudes de gracia, por cuanto la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, reguladora del derecho de petición, se declara supletoria respecto de “cualquier otra en la que se regulen peticiones” (D.F. 1<sup>a</sup>).

En este orden de consideraciones surge la duda de si las resoluciones de indulto habrían o no de estar formalmente motivadas<sup>32</sup>. La cuestión interesa especialmente porque la práctica muestra que las concesiones de indulto nunca se motivan ni se explica el por qué de su preciso alcance, pese a haber argumentos jurídicos que parecerían avalar la obligación de motivar expresamente los Reales Decretos de indulto. En primer lugar, por ser ello conse-

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, GARRIDO FALLA, F. “Artículo 29”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 593. O, más recientemente, COLOM PASTOR, B. *El derecho de petición*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 24; y ÁLVAREZ CARREÑO, S. *El derecho de petición (estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense)*, Comares, Granada, 1999, pág. 556.

<sup>31</sup> En este sentido, COLOM PASTOR, B. *op. cit.*, pág. 39.

<sup>32</sup> La cuestión de la motivación del indulto ha sido planteada por parte la doctrina que se ha ocupado específicamente del derecho de gracia. La razón es expuesta en estos términos por ESPINA RAMOS, J.A.: “La valoración de la actuación del Gobierno en esta materia se ve muy dificultada por el hecho de que, de modo incomprensible, los Decretos de concesión de indulto no están sujetos a motivación alguna, consagrándose así un auténtico ámbito, no ya de discrecionalidad, sino de cuasi arbitrariedad —para algunos inherente a la misma esencia del derecho de gracia—”, *“Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante”*, Noticias jurídicas Aranzadi, núm. 105, 5 de abril de 2001, pág. 2.

cuente con las posturas doctrinales que sostienen la obligación de motivar las resoluciones del derecho de petición ejercidas en el marco de la Ley 92/1960 pese a que ésta no hiciera mención expresa de esta obligación<sup>33</sup> (cosa que sí hace el proyecto de Ley Orgánica del derecho de petición, actualmente en curso y ya aprobado por el Pleno del Congreso). En segundo término, porque la LI establece la necesidad de oír al Tribunal sentenciador, al Ministerio Fiscal y a la autoridad penitenciaria o gubernativa (dependiendo de si el penado está o no en prisión), que habrán de emitir un Informe previo a la concesión del indulto, siendo así que el apartamiento de los mismos habría de ser motivado en aplicación del art. 54.1.c) de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en el entendido, además, de que los informes del Tribunal sentenciador y del fiscal no se dictan en ejercicio de una función jurisdiccional sino materialmente consultiva). Y, en última instancia, porque dicho precepto establece, en todo caso, la necesidad de motivar los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales (apdo. f).

No obstante, y sin desprestigiar la fuerza de estos argumentos, lo cierto es que reclamar la necesidad de motivar los actos de indulto parte de un presupuesto previo, cual es considerar la resolución de un indulto como si de un acto administrativo se tratase, y en este postulado no podemos estar de acuerdo. Una cosa es reclamar el pleno control de legalidad sobre los aspectos reglados de la potestad de indulto y otra pretender aplicar a esta potestad los requisitos formales del acto administrativo, singularmente el de la motivación, a lo que no es sino un privilegio graciable que participa de la esencia misma de la función de “juzgar” (y no de “administrar”). La motivación del indulto no es otra que la pura oportunidad o conveniencia del perdón; tal es la esencia de la gracia, que puede obedecer a fundamentos de justicia material o de cualquier otra índole. De hecho, la redacción originaria el art. 30 de la LI de 1870 decía que la concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en “decreto *motivado* y acordado en Consejo de Ministros”, pero la reforma que de la misma hizo la Ley de 14 de enero de 1988 suprimió esa expresión cambiándola por “Real Decreto” y eliminando así la necesidad de motivar.

En consecuencia, la apreciación de la oportunidad de la medida de gracia la discrecionalidad del Gobierno es máxima (o “muy amplia”, como dice el Tribunal Constitucional), de forma que la potestad de indultar o no hacerlo en los casos en los que la Ley lo permite no aparece condicionada por re-

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, COLOM PASTOR, B. *op. cit.*, págs. 84 y 85.

quisitos establecidos por el legislador mediante “conceptos jurídicos asequibles”<sup>34</sup>, ni existe obligación de expresar los motivos del indulto o el alcance preciso que el Gobierno quiera darle<sup>35</sup>. A esta misma lógica responde, como indicábamos anteriormente, la sentencia del Tribunal de Conflictos, que señala expresamente la imposibilidad de extender el control judicial de legalidad “a la motivación discrecional que constituye la esencia del perdón” (F.J. 3º).

Ahora bien, la imposibilidad de efectuar este control de fondo en los términos en los que el mismo se predica para el resto de la actividad administrativa, y de los actos administrativos en particular, no quiere decir que no haya un límite último en la apreciación de la oportunidad del indulto por el Gobierno. Máxima discrecionalidad no quiere decir discrecionalidad absoluta, porque el núcleo duro de la decisión de indultar está en última instancia subordinado al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 de la CE. Sin embargo, el control basado en el principio de interdicción de la arbitrariedad ocupa aquí un papel ciertamente límite, máxime cuando nuestro ordenamiento no exige la necesidad de motivar las concesiones de indulto. Pero no cabe negar que tal principio, como clave última del arco del Estado de Derecho, está llamado a corregir los abusos de la prerrogativa de gracia que supusieran un uso manifiestamente irracional, aberrante o inicuo de la misma.

La posibilidad de efectuar el control de la arbitrariedad testimonia, por lo demás, lo que a primera vista parece una contradicción que se instala en la dinámica del indulto: la Constitución atribuye al Gobierno una potestad sumamente discrecional cuya esencia funcional es “juzgar” (o, mejor, deshacer lo “juzgado”), y, al mismo tiempo, encomienda al Poder Judicial, en supuestos extremos, el control del ejercicio arbitrario de la misma. No es que se devuelva así al Poder judicial lo que se le “quita” atribuyendo la prerrogativa de gra-

<sup>34</sup> Justamente lo que pretendió el Tribunal Supremo al esgrimir esta noción en la resolución del caso de los “papeles del CESID” fue afirmar la imposibilidad de efectuar un control jurisdiccional sobre la decisión de actuar o no (sobre el fondo de la decisión política misma), sin perjuicio del control de los elementos reglados que enmarcan la decisión de no desclasificar determinados documentos que eran considerados secreto oficial.

<sup>35</sup> No obstante, debe recordarse que cuando los medios de comunicación interpellaron al Ministro Acebes por las razones del indulto concedido al Sr. Gómez de Liaño, el Ministro contestó que dicho indulto (y en general todos los indultos particulares que habían sido otorgados en la misma fecha), respondían a la petición de clemencia general solicitada por el Papa y a la cercanía de las Navidades. Pero esta especie de motivación *in allunde* no parece arrojar luz sobre los verdaderos motivos que impulsaron al Gobierno a indultar al Sr. Gómez de Liaño.

cia a otro poder, pero al menos se le confiere la garantía última para erradicar el ejercicio manifiestamente abusivo e irracional de la misma. A fin de cuentas, cabría pensar, que esta contradicción “perversa” es un tributo necesario que debe pagarse por situar el ejercicio de la prerrogativa de gracia en el Poder Ejecutivo, perturbando desde ese momento la lógica del principio de división de poderes.

Afirmada la posibilidad del control judicial es preciso ahora discernir sobre que órgano jurisdiccional tiene la competencia para efectuarlo, cuestión que también ha suscitado controversia en el caso que examinamos.

#### **B) La competencia del Tribunal sentenciador y su eventual colisión con la competencia del orden contencioso-administrativo**

Con independencia de cuál sea la naturaleza jurídica de un Real Decreto de indulto, lo cierto es que la LI establece en su art. 31 de forma rotunda que la aplicación de la gracia corresponde “indispensablemente” al Tribunal sentenciador. Competencia que se reitera en otros preceptos de la Ley y que responde a una lógica interna que es desvelada por un pasaje de la Exposición de Motivos en el que se afirma que el Tribunal sentenciador habrá de encargarse de la aplicación de la gracia “a fin de que el delincuente reciba de la misma mano que le impuso la pena el beneficio del perdón que se le otorgue”.

La competencia del Tribunal sentenciador para ejercer el control de legalidad en la aplicación del indulto se había mantenido indiscutida hasta el presente, como muestran, entre otros indicios, el mantenimiento (e incluso pudiera decirse que el reforzamiento) de la misma en la reforma parcial de la LI operada por la Ley de 14 de enero de 1988 o la total ausencia de conflictos de competencia entre órganos de distintas jurisdicciones por este motivo.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa se ha discutido en diversas ocasiones si la competencia para efectuar el control de legalidad de los indultos corresponde sólo a la jurisdicción penal (Tribunal sentenciador) o puede corresponder también al orden de lo contencioso administrativo, cuya competencia para conocer de los actos que dicte el Gobierno, y por lo tanto de los Reales Decretos de indulto, está reconocida en los arts. 2.a), 12.1.a) y 25.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La cuestión fue abordada por el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que aplicó el indulto del Sr. Gómez de Liaño, que la resolvió a favor de la competencia exclusiva e “indispensable” del Tribunal sentenciador, pues

“de acuerdo con el art. 106 CE, corresponde a los Tribunales controlar la legalidad de la actuación administrativa. La competencia para este control puede ser distribuida por el legislador entre los distintos órdenes jurisdiccionales. En materia de indulto (...) esas facultades han sido encomendadas al Tribunal sentenciador, dado que es el que, en la Ley de Indulto, figura como titular de la función ejecutora. Lo decisivo, por lo tanto, es que el acto de indulto es —como todos los de la Administración— judicialmente controlable, que ese control sólo podría ejercerlo razonablemente el Tribunal que lo tiene que aplicar y que la Ley de Indulto así lo establece.

Pretender que, por tratarse de un acto emanado del Consejo de Ministros sería aplicable el art. 58.1 Ley Orgánica del Poder Judicial es erróneo, toda vez que el art. 31 de la Ley de Indulto es una norma especial, en razón de la materia, que tiene una función bien precisa” (F.J. 4º).

El voto particular a dicho Auto parece admitir, por su parte, que se trata de un control compartido entre el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo y el penal (Tribunal sentenciador), por cuanto el indulto

“se trata, sin duda, de un acto administrativo en cuanto constituye una manifestación de voluntad emanada de la Administración Pública, en el ámbito de una potestad administrativa, creadora de una determinada situación jurídica, y que se agota o extingue por su cumplimiento o realización (...). Por consiguiente, el control de legalidad del mismo debe ser el propio de la actividad administrativa (art. 103.1 C.E. y art. 8 LOPJ), y no el derivado del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 C.E. y art. 6 LOPJ). Lo cual no es óbice, sin embargo, para que los Jueces o Tribunales del orden penal que hayan de aplicar los indultos deban hacerlo de acuerdo con las exigencias especialmente previstas en la propia Ley reguladora del Ejercicio de la Gracia de Indulto que pueden determinar la procedencia de no llevarlo a efecto. Mas ello únicamente procederá cuando la propia ley lo imponga así de modo incuestionable (...). Dicho todo ello, con independencia de las consecuencias jurídicas que podrían derivarse del hecho de que la tan citada Ley del Indulto es de fecha notoriamente anterior a la creación, en nuestro ordenamiento jurídico, de la Jurisdicción contencioso-administrativa”.

La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo volvió a plantearse con ocasión del conflicto de jurisdicción. En el requerimiento previo de inhibición presentado por el Ministro de Justicia se defendió de forma expresa la competencia del orden contencioso-administrativo para controlar los Reales Decreto de indulto. Cosa que, de forma más matizada, también fue sostenida por el Ministerio Fiscal en su informe al Tribunal de Con-

flictos<sup>36</sup>. Así las cosas, la sentencia de dicho Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la cuestión, y sin prejuzgar la eventual competencia del orden contencioso administrativo, dejó claro que el control de legalidad en el ejercicio de la potestad de indulto puede ejercerla el Tribunal sentenciador al aplicar el indulto (F.J. 3º y 4º), concluyendo que

“es innegable que, atendiendo tanto al principio de legalidad como al de oficialidad característico de la jurisdicción penal, constituye una exigencia derivada de la misma función atribuida al Tribunal de esa jurisdicción con relación a la ejecución de la sentencia —artículo 117.3 de la Constitución— en la que incide el indulto, el admitir que pueda ejercer un control de la aplicación del mismo en determinados y concretos supuestos, en los que se haya producido una manifiesta vulneración de la legalidad” (F.J. 4º).

La cuestión está, claro es, en saber cuál es el alcance y el modo con que pueda ejercerse ese control y, en este caso en concreto, dilucidar si con ello se ha quebrantado o no el sistema de distribución de poderes que se dan cita en el ejercicio de la prerrogativa de gracia. Por lo que ahora interesa, creemos que la competencia del Tribunal para el control de la legalidad del indulto no sólo se justifica, como dice el Tribunal de Conflictos, en los principios de legalidad (especialidad de la LI) y de oficialidad del orden penal (que en este punto engazaría con el art. 117.3 de la CE), sino también en el principio de improrrogabilidad de la competencia del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo (art. 5 de la LJCA y art. 10 de la LOPJ) y en que, en definitiva, el art. 106 de la Constitución encomienda a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, sin predeterminar el orden jurisdiccional.

En todo caso, el pronunciamiento favorable a la competencia natural del Tribunal sentenciador parece el más acorde con la mecánica de la aplicación del indulto, con la propia naturaleza del derecho de gracia —entendido como reverso de la penalidad— y con el fondo mismo de las cuestiones de legalidad que pueden suscitarse en el control del ejercicio que el Gobierno haya hecho

<sup>36</sup> En el que se argumenta que “el hecho de que se considere que, en cuanto tal acto precedente del Gobierno, su revisión más apropiada sea el ámbito contencioso (...) no supone de ninguna manera que se intente, en estos momentos, algo así como una cuestión prejudicial (...), es decir, que haya que esperar un pronunciamiento del orden contencioso-administrativo para, a su vista, determinar si el indulto ha o no de ser cumplido en sus cabales términos. De todas maneras no puede dejar de reconocerse que el orden contencioso-administrativo, al que corresponde el control de la actuación de la Administración —no simplemente cumplir o ejecutar sus decisiones— sí podría llevar a cabo la interpretación correctora que aquí se ha dado”.

en cada caso de la potestad de indultar. En efecto, como hemos podido comprobar, ese control de legalidad se fundamenta en el análisis de conceptos de índole penal, como en este caso eran las nociones de indulto total o parcial, de pena cumplida, o la interpretación de los efectos surtidos por la pena accesoria de inhabilitación especial.

Afirmada la competencia del Tribunal sentenciador para ejercer el control jurisdiccional pleno de los indultos cabe pensar qué sucedería, o qué hubiera sucedido, en el caso de haberse planteado un recuso contencioso-administrativo contra el Real Decreto de indulto.

En primer lugar existe un problema nada fácil de resolver en relación a la legitimación para presentar dicho recurso, para cuya superación habría que considerar que la víctima del delito indultado es titular de un interés legítimo, o bien entender que, en su caso, el Ministerio Fiscal está legitimado para interponerlo. De un lado, parece cuando menos dudoso que pueda existir un interés legítimo de la víctima del delito indultado en plantear el recurso, pues es difícil adivinar cuál pudiera ser la utilidad o ventaja jurídica que se obtendría de la anulación del indulto<sup>37</sup>. Y, de otro, tampoco estaría legitimado el Ministerio Fiscal, ya que no hay Ley especial que prevea esta posibilidad (la LI no lo hace), que es requisito imprescindible (art. 19.1.f LJCA) para considerarlo legitimado (y, además, debe reconocerse que ésta era una hipótesis harto improbable en este caso).

Pero junto a esta dificultad existe un problema de competencia jurisdiccional, puesto que si hemos afirmado que la competencia especial (y natural) para efectuar el control de legalidad en estos casos la tiene el Tribunal sentenciador, y así lo han afirmado tanto la Sala Segunda del Tribunal Supremo como el Tribunal de Conflictos, sería distorsionador entender que nuestro ordenamiento admite la doble competencia en estos casos.

En este sentido debe tenerse en cuenta que tanto en la resolución de los conflictos de competencia entre distintos órdenes jurisdiccionales (art. 42 a 50 de la LOPJ) como en la regulación de la prejudicialidad en el orden conten-

<sup>37</sup> Como parece confirmar la jurisprudencia que niega la legitimación del denunciante víctima de una deficiente actuación judicial para recurrir contra las decisiones adoptadas por el CGPJ en materia disciplinaria (SSTS de 9 de diciembre de 1997 —Ar. 9328—, y 10 de diciembre de 1997 —Ar. 9331—). El propio Ministerio Fiscal, en su Informe presentado al Tribunal de Conflictos manifiesta estas dudas, y aunque acepta que llegado el caso la víctima del delito indultado pudiera esgrimir un interés legítimo, finalmente lo descarta por entender que en este supuesto la víctima del delito indultado se sentirá satisfecha con el sentido del Auto de aplicación del indulto (punto II apdo. e) del Informe).

cioso-administrativo se establece una preferencia clara por la competencia del orden penal (art. 44 de la LOPJ y art. 4.1 LJCA), por lo que cabe entender que la Sala Tercera del Tribunal Supremo tendría que inhibirse de conocer, inadmitiendo el recurso por falta de jurisdicción en aplicación de los arts. 3.a) 5.2 51.1.a) de la LJCA, en aquellos casos —como el presente— en que el Tribunal sentenciador haya efectuado un control de legalidad del indulto concedido en el Auto de aplicación del mismo. No obstante, debido al papel —que como veremos— ha conferido al Consejo General del Poder Judicial la sentencia del Tribunal de Conflictos, no puede descartarse la eventual formulación de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución que adopte dicho órgano, aunque la cuestión de fondo no será ya la legalidad o ilegalidad del ejercicio de la prerrogativa de gracia que hizo el Gobierno sino la legalidad del acuerdo de reingreso en la carrera judicial que pueda adoptar el Consejo General del Poder Judicial<sup>38</sup>. Parece así que el último episodio judicial del caso Gómez de Liaño está aún por venir.

#### IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE 13 DE JUNIO DE 2001

El art. 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, desarrollado por la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, instaura un sistema de conflictos “jurisdiccionales” entre la Administración y los órganos del Poder Judicial que da cauce procedimental a la resolución de controversias técnicas relativas a la atribución legal de competencias entre ambos poderes. Las citadas disposiciones se inspiran en un principio de equilibrio institucional que pone fin al predominio histórico de la Administración en la resolución de este tipo de conflictos<sup>39</sup>. Así, la Ley Orgánica 2/1987 configura un Tribunal de Conflictos de carácter mixto, compuesto por tres Consejeros de Estado y tres Magistrados del Tribunal Supremo (entre ellos, el Presidente del Tribunal Supremo, que lo es también del Tribunal de Conflictos y tiene voto de calidad), al que se le atribuye

<sup>38</sup> En el F.J. 6º de la sentencia del Tribunal de Conflictos puede leerse que “siendo indudable que el indultado había perdido la condición de magistrado a consecuencia de ejecución de sentencia penal, hay que entender que su reingreso en la carrera judicial —principios latentes en los artículos 380 y siguientes de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1.985— reclama una decisión del Consejo General del Poder Judicial que, obviamente, será susceptible de impugnación jurisdiccional por la vía adecuada”.

<sup>39</sup> Sobre la evolución histórica y, en general, la naturaleza y sentido del mecanismo de resolución de conflictos jurisdiccionales véase LOZANO, B. “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración”, RAP, núm. 118, 1989.

buye con carácter exclusivo e irrecurrible —salvo el recurso de amparo constitucional— la decisión de los conflictos de competencias que se susciten entre la Administración y los Juzgados o Tribunales de cualquier orden jurisdiccional. La actuación de este órgano se limita a declarar la titularidad de la competencia controvertida, sin que la sentencia pueda extenderse a otro tipo de consideraciones que no se hallen directamente relacionadas con el conflicto planteado. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la creación del Tribunal de Conflictos responde a las exigencias constitucionales del principio de división de poderes, decidiendo con su sentencia “a quién corresponde la jurisdicción controvertida de acuerdo con el diseño constitucional y legal de las correspondientes funciones judiciales y administrativas” (STC 56/1990 F.J. 37).

En este contexto legal, y con carácter previo a la resolución de fondo sobre la titularidad de la competencia discutida, en el conflicto jurisdiccional planteado por el Gobierno a raíz de la aplicación por el Tribunal Supremo del indulto concedido al Sr. Gómez de Liaño se planteaba un problema previo relativo a la competencia del Tribunal de Conflictos para conocer en este caso. En efecto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Auto de 18 de enero de 2001, había planteado *ad cautelam* una serie de obstáculos formales que discutían la supuesta competencia del Tribunal de Conflictos (en el mismo sentido que posteriormente reiteraría la Sala en su negativa a inhibirse ante el requerimiento planteado por el Gobierno con carácter previo a la formalización del conflicto). A juicio del Tribunal Supremo, tal conflicto resultaba improcedente, en primer lugar, por carecer el Gobierno de competencias para aplicar el indulto concedido, con lo que —en consonancia con el art. 5 de la LO 2/1987— no habría materia de conflicto, atendiendo a de que la ejecución del indulto es una atribución que la LI confiere “inexcusablemente” al Tribunal sentenciador<sup>40</sup>. En segundo lugar, porque el art. 7 de la Ley 2/1987 impi-

<sup>40</sup> Pues “el control de legalidad de la actividad administrativa no corresponde más que a los Tribunales y, en todo caso, no hay actos excluidos de este control, ni otros Poderes del Estado que pudieran reclamar esta competencia para sí. Por lo tanto, ningún órgano del Estado tiene jurisdicción para ejercer la potestad emanada del art. 106 CE respecto de si el indulto decidido (...) cumple con las exigencias establecidas en la Ley de Indulto, particularmente con las reguladas en los arts. 4 y 11 de dicha ley. De acuerdo con el art. 5 de la LO 2/87 que regula los Conflictos Jurisdiccionales entre el Poder Ejecutivo y los Tribunales, las autoridades mencionadas en el art. 3 de dicha ley plantearán a los Juzgados o Tribunales un conflicto de jurisdicción “únicamente para reclamar el conocimiento de asuntos (en los) que, de acuerdo con la legislación vigente, les corresponda entender a ellos mismos”. Ninguna de las autoridades del art. 3 LO 2/87 está mencionada en el art. 31 de la Ley de Indulto y ninguna norma del derecho vigente encomienda a otra autoridad diversa del Tribunal sentenciador, competencia para aplicar el indulto” (F.J. 6º.1 del Auto del TS de 18 de enero de 2001).

de a la Administración plantear un conflicto a los órganos jurisdiccionales en los asuntos judiciales resueltos por auto o sentencia firme, “salvo cuando el conflicto nazca con motivo de la ejecución de aquellos o afecte a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en el trámite de la ejecución” de dichos autos o sentencias, que —según el parecer del Tribunal Supremo— no son circunstancias que concurren en este caso<sup>41</sup>.

Estas alegaciones son tajantemente rebatidas por el Tribunal de Conflictos, que reclama su competencia para resolver el conflicto planteado afirmando que

“El motivo desencadenante del conflicto que ahora se examina ha sido la aplicación meramente parcial, no ajustada a su tenor literal, que del R.D. 2392/2.000 ha efectuado el Tribunal sentenciador en su Auto de 18 de enero de 2001, y la firmeza de ese Auto frente al recurso de súplica interpuesto por el Sr. Gómez de Liaño no solamente no obsta a su planteamiento, sino que viene a constituir la razón que lo justifica; porque es a partir de ese momento cuando, de una manera definitiva e irreformable en la vía judicial, se produce la supuesta invasión en la esfera de competencia de la Administración que se acusa. Sostener que el Ministerio de Justicia ha tenido la posibilidad, a través de una actuación del Ministerio Fiscal, de impugnar el Auto de 18 de enero y que no habiéndolo hecho así ha perdido la oportunidad de plantear el presente conflicto, supondría relegar a la Administración a la mera condición de parte procesal en la ejecutoria contra el Sr. Gómez de Liaño, negándole la prerrogativa de reclamar contra la que considera una invasión en sus facultades competenciales por parte de los Tribunales, con evidente frustración de la finalidad precisamente perseguida por la Ley de Conflictos Jurisdiccionales.

Tampoco puede considerarse como un óbice procesal obstativo al requerimiento efectuado que el Ministerio de Justicia no reclame para sí el conocimiento de las actuaciones a que ha dado lugar la aplicación del indulto otorgado, como una interpretación excesivamente literal del artículo 5º (LCJ) podría hacer suponer. La controversia ha nacido en torno al alcance que el artículo 31 de la Ley de 1870 atribuye precisamente al Tribunal sentenciador en la ejecución de un indulto concedido por el Gobierno, con lo que carecería de sentido pretender avocar la actividad procesal a desarrollar por el Tribunal en favor de la Administración” (F.J. 2º).

<sup>41</sup> Ya que, “es evidente que el auto que da cumplimiento al Real Decreto de Indulto, ni debe ser ejecutado por el Ejecutivo, ni éste tiene ninguna facultad que pudiera ser ejercitada en el trámite de la ejecución de dicho auto” (F.J. 6º.2 del citado Auto).

La rotundidad de estas afirmaciones engarza con una línea jurisprudencial del propio Tribunal de Conflictos que viene interpretando extensivamente los preceptos de la LO 2/1987 para albergar en su ámbito los supuestos en que la actuación de una de las partes en conflicto frustra o condiciona sensiblemente la posible actuación de la otra. En palabras de la sentencia comentada,

“La jurisprudencia del Tribunal de Conflictos viene reconociendo que la invasión en la esfera de las competencias de la Administración puede producirse, y debe ser corregida, siempre que los Tribunales se arroguen facultades cuyo ejercicio se halla reservado a la misma, y que la Administración tiene la obligación de reivindicar y conservar aunque no reclame materialmente el conocimiento de las actuaciones judiciales. Así se ha declarado en multitud de resoluciones, algunas de las cuales aparecen citadas en el requerimiento del Ministerio de Justicia (25 de junio de 1.996) o en el trámite de alegaciones a que se refiere el artículo 14 de la LCJ (29 de junio, 7 de julio y 14 de diciembre de 1.995), sin perjuicio de la existencia de otras todavía posteriores (30 de octubre de 1.998 y 20 de octubre de 2.000) en las que se mantiene la misma doctrina: que la interpretación conjunta de los artículos 4º y 5º de la LCJ ha de llevarnos a la conclusión de que la finalidad perseguible con el planteamiento de un conflicto de esta naturaleza no se agota con la vindicación del ámbito competencial invadido, sino que se extiende a la defensa y conservación del mismo en la medida en que aparezca desconocido o menoscabado.

Y será también de citar la STC 234/2000 —F.J. 5º— que amplía el concepto del conflicto extendiéndolo a los supuestos en el que un órgano “ha frustrado el ejercicio de una atribución” que otro considera como propia. Esta es la alegación que aquí se hace y que justifica la existencia del conflicto, independientemente de que tal frustración sea o no correcta —ésta es aquí la cuestión de fondo—. Ello excluye la calificación de este conflicto como intrajurisdiccional, pues la frustración se liga a la decisión del Tribunal sentenciador ejerciendo las competencias que derivan del artículo 31 de la Ley del Indulto” (F.J. 2º).

Una vez descartadas las objeciones competenciales, el Tribunal de Conflictos, en los Fundamentos Jurídicos tercero al sexto, despliega su argumentación sobre el fondo del asunto.

Comienza el Tribunal por admitir la competencia judicial para efectuar “un cierto control” de los indultos otorgados por el Gobierno. Como puede notarse la expresión es vaga. En realidad, el Tribunal distingue entre lo que parecen reputarse dos posibles formas de control: uno más intenso, por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa; y otro más limitado, a efectuar por el Tribunal sentenciador.

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se apoya en los arts. 106.1 CE y 1 y 2 a) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en tanto que garante del respeto del principio de legalidad hasta allá donde es posible un control jurídico que “no puede pretender extenderse a la motivación discrecional que constituye la esencia del perdón”. En el ámbito del contencioso se aseguraría la vigencia de los principios de instancia de parte, audiencia del Gobierno y del condenado. No obstante, no aclara la Sentencia como podría salvarse la importante dificultad para determinar los sujetos legitimados para recurrir un indulto a la que antes nos hemos referido.

Pese a que el Tribunal de Conflictos parece atribuir una competencia “natural” al orden contencioso-administrativo, admite igualmente que el Tribunal sentenciador puede ejercer un control de la aplicación del indulto. Ahora bien, la interpretación llevada a cabo por el Tribunal sentenciador en este caso del alcance de sus facultades de control se califica de “excesivamente amplia”. Para el Tribunal de Conflictos, no es aquí de aplicación el art. 6 LOPJ, según el cual “los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”, pues se refiere a normas y no a actos como son los indultos. No cabe fundamentar, pues, en ese precepto, una facultad general de control de legalidad de los mismos. La *ratio* de la actuación del Tribunal sentenciador no sería tanto instaurar un control último de legalidad, cuanto hacer visible ante la sociedad que el indulto viene ejecutado por el propio Tribunal que impuso la pena, de forma que se visualice su autoridad para condenar y, consecuentemente, para eximir de la pena. En cualquier caso, el Tribunal de Conflictos continúa moviéndose en la cuerda floja del relativismo, y así, añade que

“pese a todo ello es innegable que, atendiendo tanto al principio de legalidad como al de oficialidad característico de la función atribuida al Tribunal de esa jurisdicción con relación a la ejecución de la sentencia —artículo 117.3 de la Constitución— en la que incide el indulto, el admitir que pueda ejercer un control de la aplicación del mismo en determinados y concretos supuestos, en los que se haya producido una manifiesta vulneración de la legalidad”.

Aparece aquí un término, el de lo “manifiesto”, que a nuestro juicio, carece de lógica jurídica. Lo “manifiesto” se emplea, en nuestro Derecho, como medida del control que ejercen unos Tribunales sobre otros (así, el Tribunal Supremo en casación, sobre determinados aspectos, como la valoración de la prueba, o el Tribunal Constitucional en su análisis de conformidad de las resoluciones judiciales con el principio de tutela judicial efectiva). Es decir, no

se declara la disconformidad con el Derecho de las resoluciones ya adoptadas del Tribunal de instancia salvo en casos de error patente o manifiesto en la interpretación legal. También, desde otra perspectiva, puede constituir un parámetro de control judicial del ejercicio de facultades discrecionales por el Gobierno o la Administración, en lo que hace a la legalidad de las apreciaciones efectuadas o de las opciones realizadas.

Ahora bien, distinto de ambos supuestos es el juicio que realiza el Tribunal competente para ello cuando analiza la legalidad de cualquier acto jurídico (en este caso, el Tribunal sentenciador respecto al Decreto de indulto). Al interpretar conceptos jurídicos (en este caso, el posible alcance del indulto), no debe ceñirse a un control limitado a lo manifiesto: indultar una pena cumplida será legal o no, pero no puede ser “manifiestamente o no manifiestamente ilegal”. La noción de “pena cumplida” constituye un concepto jurídico cuyo alcance respecto del asunto que se le plantee ha de interpretar el Tribunal sentenciador, y sólo él, que no admite, pues, varias interpretaciones todas ellas legales. Dicho de un modo más simple, si la interpretación realizada por el Gobierno de tal concepto implica una vulneración de la legalidad —manifiesta o no— el Tribunal sentenciador no deberá ejecutar el indulto; por el contrario, si el indulto es legal, deberá aplicarlo. No caben, en definitiva, términos intermedios (posibles vulneraciones de la legalidad no manifiestas y, por ello, no controlables). El principio de legalidad se opone a ello.

¿Cuál es, entonces, el sentido de esta referencia? El Tribunal de Conflictos se mueve en una notoria indefinición y acaba recurriendo a la interpretación histórica del proyecto de esta Ley decimonónica, para interpretar que sólo cabe ejercer el control judicial respecto a algunas de las determinaciones legales que específicamente mencionan la fiscalización judicial (entre las que no está el art. 4 LI), lo que —por las razones que antes señalamos— resulta sumamente discutible. Pero, en realidad, parece contradecirse a sí mismo cuando, a renglón seguido, argumenta que la interpretación por el Gobierno del alcance de su competencia en relación con el límite de la no “indultabilidad” de las “penas cumplidas” a que se refiere el art. 4 LI, no conlleva una “manifiesta infracción de la misma que habilite al Tribunal sentenciador para ejercer el control de legalidad en los términos señalados anteriormente”. Es decir, se afirma a la vez que el art. 4 LI no permite el control judicial; y que sí lo permite, pero sólo bajo el parámetro de lo “manifiesto”. Se incurre así, en nuestra opinión, en dos errores jurídicos: negar la justiciabilidad de todos los límites incluidos en la LI, y limitar el posible control judicial a las infracciones manifiestas.

Todo ello se conecta, a la postre, con un análisis de fondo sobre la legalidad del indulto, ejerciendo, en definitiva, unas funciones “paracasacionales” a las que, en principio, no se extiende su competencia, algo de lo que es plenamente consciente el Tribunal de Conflictos, y que se refleja en la apostilla inmediata:

“Lo expuesto implica, sin que ello suponga que este Tribunal de Conflictos revise en modo alguno la interpretación que la Sala sentenciadora ha dado al artículo 4º de la Ley del Indulto, que ha de llegarse a la conclusión de que no estamos ante una manifiesta infracción de la misma que habilite al Tribunal sentenciador para ejercer el control de legalidad en los términos señalados anteriormente.” (FJ 5º)

Aún más curioso resulta que esta conclusión se enlaza directamente, y sin aparente conexión lógica, con un enjuiciamiento de las actuaciones judiciales precedentes, y, en concreto, en la negativa a la solicitud de suspensión, en la que el Tribunal de Conflictos parece encontrar mejor apoyo a su competencia. En efecto, puesto que en realidad no es competente para modificar la interpretación del alcance del art. 4 LI, tendrá que situarse, siguiendo al Ministerio Fiscal, en un momento previo, el de la denegación de la solicitud de suspensión, que le permitirá, utilizando la expresión del propio Ministerio Fiscal, “desactivar” el Auto de ejecución parcial sin llegar a corregir (por falta de competencia para ello) la interpretación realizada por el Tribunal Supremo del art. 4 LI que impide el reintegro en la condición de Magistrado del condenado.

Al servicio de este objetivo, el Tribunal de Conflictos enfatiza la contradicción en la que incurre el Tribunal sentenciador al afirmar que la ejecución de la condena “no frustraría la finalidad perseguida con la solicitud de indulto”, y la interpretación posterior sobre la imposibilidad de indultar la separación del cargo, precisamente por haberse cumplido ya la pena. Viene a decirse que, al no suspender la ejecución, se habría condicionado y predeterminado el posible contenido discrecional del indulto, invadiendo de este modo la competencia del Gobierno.

Se obvia así que el art. 32 LI prevé expresamente que la solicitud de indulto no implica la suspensión de la ejecución. Y, de entenderse que se trata de una doctrina generalizable —algo que parece especialmente necesario en un Tribunal como el de Conflictos, llamado a decidir sobre casos concretos con una función propedéutica, de delimitación del campo de actuación judicial y administrativa— parece habría de seguirse que toda solicitud de indulto habría de suspender la ejecución de la pena (lo que implicaría, p. ej., que cualquier

recluso habría de ser excarcelado entretanto se resuelve su solicitud), puesto que, de lo contrario, el alcance del indulto siempre estaría constreñido a la pena no cumplida y, de esta forma, la competencia del Gobierno menoscabada.

A nuestro juicio, la resolución del conflicto se basa, ciertamente, en un análisis del alcance del art. 4 LI. Tal vez la sentencia haya de leerse entre líneas, superando la serie de incoherencias jurídicas que se detectan en el razonamiento, fruto de un intento de huir de la posible tacha de exceso competencial. Cabe pensar que el Tribunal de Conflictos estima que el art. 4 LI no impide indultar penas cumplidas que por su naturaleza permitan deshacer los efectos de su ejecución, como la separación del cargo. Al interpretarlo de modo diverso, el Tribunal ejecutor habría desapoderado al Gobierno de una competencia propia, como es la determinación del alcance del indulto, lo que llevaría al Tribunal de Conflictos, en el ejercicio de sus atribuciones, a restablecer el orden competencial transgredido. En conclusión, estimamos que el Tribunal de Conflictos ha tratado de compatibilizar su afán de evitar posibles objeciones de falta de competencia para llevar a cabo un juicio de fondo revisor de la decisión previa del Tribunal Supremo, y su decisión de “desactivar” el Auto de ejecución parcial del Tribunal sentenciador, por entenderlo invasivo de las atribuciones del Gobierno. Ello le ha llevado a utilizar, en lugar de utilizar un razonamiento más diáfano —que hubiera podido compartirse o no— una argumentación frágil, sumamente polémica, con importantes fallas lógicas, que sienta una doctrina arriesgada y de dudosa compatibilidad con lo dispuesto en la LI.

Finalmente, unas líneas en torno a los efectos de la Sentencia del Tribunal de Conflictos. El Fundamento jurídico sexto entra a discernir cuál es la situación en que queda el condenado. La Sentencia no implica la anulación del Auto del Tribunal Supremo, pero sí, en la práctica, su “desautorización” o “desactivación”, pues queda tachado de invasor de las competencias del Gobierno al no proceder a ejecutar el indulto en sus términos. Éste decretaba el reintegro del Sr. Gómez de Liaño a la carrera judicial. Ahora bien, queda una cuestión pendiente: si ha de entenderse que el reintegro es automático, de modo que el CGPJ sólo ha de proceder a acusar recibo del mismo; o, por el contrario, si deben cumplimentarse antes del reintegro las exigencias comunes a los supuestos de rehabilitación de Jueces y Magistrados previstas en la LOPJ, singularmente, a la cancelación previa de antecedentes penales y a la valoración del CGPJ, tal y como establecen la LOPJ y el Código Penal<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> De acuerdo con el art. 380 LOPJ, la rehabilitación puede solicitarse por aquél que perdió la condición de Magistrado (“Quienes hubieren perdido la condición de Juez o Magistrado por cualquiera de las causas previstas en los apartados a), b), c) y d) del artículo anterior, podrán solicitar

Para el Tribunal de Conflictos, la cuestión sale del ámbito natural del indulto para entrar en el terreno de las consecuencias jurídico-administrativas del mismo. De este modo, la materia entra en las competencias del Consejo General del Poder Judicial, que será el llamado a pronunciarse.

“Así las cosas, y siendo indudable que el indultado había perdido la condición de magistrado a consecuencia de ejecución de sentencia penal, hay que entender que su reingreso en la carrera judicial —principios latentes en los artículos 380 y siguientes de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1.985— reclama una decisión del Consejo General del Poder Judicial que, obviamente, será susceptible de impugnación jurisdiccional por la vía adecuada”. (FJ 6º)

El voto particular que suscribieron dos Vocales Consejeros de Estado se opuso a la inclusión de este fundamento jurídico, estimando que, al no ser parte el CGPJ en el conflicto, el Tribunal debería haber omitido la referencia al mismo.

En cualquier caso, lo cierto es que parece evidente que la cuestión habrá de ser dirimida, ya que el indultado ya ha manifestado en diversos medios de comunicación su interpretación, según la cual el indulto haría innecesario el cumplimiento de las condiciones generales de la rehabilitación, en especial, aguardar los cinco años para la cancelación de antecedentes penales.

La rehabilitación por parte del CGPJ se anuda en el art. 380 CP a los casos de pérdida de la condición de Magistrado previstos en las letras a) a d) del art. 379 LOPJ, ninguna de las cuales contempla la pérdida de la condición de Magistrado por inhabilitación absoluta. ¿Hay que interpretar que, al ser el indulto un mecanismo excepcional y único que permite la rehabilitación en su condición de Magistrado de un condenado por sentencia penal, la LOPJ ha

del Consejo General del Poder Judicial su rehabilitación, una vez obtenida la establecida en el Código Penal, si procediere.”). Por su parte, el art. 381 LOPJ, dispone la competencia del CGPJ para conceder la rehabilitación, “valorando las circunstancias de todo orden”, lo que parece introducir un elemento de apreciación (“1. La rehabilitación se concederá por el Consejo General del poder judicial, cuando se acredite el cese definitivo o la inexistencia, en su caso, de la causa que dio lugar a la separación, valorando las circunstancias de todo orden. 2. Si la rehabilitación se denegare, no podrá iniciarse nuevo procedimiento para obtenerla en los tres años siguientes, plazo que se computará a partir de la resolución denegatoria inicial del Consejo General del Poder Judicial.”). El art. 136 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece un plazo de cinco años para la cancelación de antecedentes en los casos de penas graves, a contar desde el día siguiente a aquél en que queda extinguida la pena. En el caso que analizamos parece que habría que entender que el día a considerar es la fecha del indulto, lo que implicaría que sería el 21 de diciembre el día en que, borrados los antecedentes penales, podría el Sr. Liaño solicitar al CGPJ su reingreso.

“olvidado” contemplarlo, pero ha de seguirse en todo caso el mismo procedimiento? ¿O bien que, en estos casos, la libre determinación por el Gobierno del alcance del indulto implica también que la recuperación de la condición de Magistrado se produce desde la ejecución del Decreto de indulto, que ha de ser, sin más, recepcionada por el CGPJ? Ambas posturas parecen defendibles<sup>43</sup>. Sin embargo, creemos que la segunda es la interpretación más coherente con la defendida por el Tribunal Supremo que, como vimos, estimó que la pérdida de la condición de Magistrado por efecto de condena penal no requiere la incoación del procedimiento administrativo contemplado para otros supuestos de pérdida del cargo. En efecto, cuando la pérdida del cargo deriva de una sentencia penal, el procedimiento de ejecución o, en su caso, de rehabilitación, no se encuentran regulados en la LOPJ porque el Legislador ha sobreentendido que es el proceso penal el campo adecuado para la ejecución, produciéndose ésta de forma autónoma y por imperativo legal.

## V. CONCLUSIONES

Hace tiempo que viene denunciándose desde diversos sectores el afloramiento de una preocupante y creciente tendencia a la judicialización de la vida política, que se materializa en trasladar a la sede judicial la depuración de los supuestos de dudosa o espuria utilización del poder por parte del Ejecutivo. Este fenómeno, que tiene como reflejo la no menos preocupante politización de la justicia, parece definitivamente implantado como un modo habitual de hacer política, lo que ha acabado por situar en el ojo del huracán del debate político al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Ciertamente, este órgano se ha erigido en los últimos años en una especie de árbitro recurrente para dilucidar las cada vez más frecuentes controversias entre el Poder Judicial y el Ejecutivo. Sobre todo desde el momento en que el Ejecutivo parece creer que la actuación de dicho órgano, revestida de toda la *auctoritas* y la *potestas* que le proporciona la Ley, puede aplacar taumatúrgicamente las consecuencias jurídicas y políticas de los reveses que recibe en sede judicial. Y ello pese a que, como ha advertido la doctrina más cualificada, forzar hasta este extremo el empleo de este mecanismo pueda poner seriamente en peligro “nuestro sistema de Justicia y de configuración constitucional de los poderes del Es-

<sup>43</sup> Para E. LINDE PANIAGUA, el indulto no extingue la responsabilidad penal, que se da por declarada por el Tribunal competente, sino su efecto. En concreto, ello quiere decir que no supone la desaparición de efectos como la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebel-des, *op. cit.*, pág. 170.

tado si se emplea fuera de los estrechos límites de actuación para los que fue concebido”<sup>44</sup>.

El caso Gómez de Liaño es buena prueba de cómo puede llegar a forzarse la intervención del Tribunal de Conflictos para interceder en la resolución de una controversia jurídica de innegable trasfondo político, apelando a un sistema de resolución de conflictos jurisdiccionales que no está destinado a dirimir la cuestión de fondo sino a decidir simplemente la titularidad de una competencia controvertida. A pesar de ello, puede afirmarse que los efectos y las consecuencias que se derivan de la sentencia del Tribunal de Conflictos en el caso Gómez de Liaño bordean los límites que enmarcan el funcionamiento del mecanismo de resolución conflictos jurisdiccionales.

En primer lugar porque el fallo trastoca la mecánica de la suspensión de la ejecutoriedad de las condenas. En efecto, habida cuenta que el Tribunal de Conflictos no puede concluir que el Tribunal Supremo ha ejercido correctamente su función aplicadora del indulto en el marco de la Ley de indulto, ni que ha interpretado certeramente los límites legales a la facultad de indultar del Gobierno (porque eso desbarataría la posibilidad misma del conflicto), se ve forzado a situarse en un momento procesal anterior al Auto del Tribunal Supremo de aplicación del indulto, para detectar allí una intromisión del Tribunal Supremo (la decisión de no suspender la aplicación de la sentencia condenatoria ante la solicitud de indulto cursada por el condenado), que condicionó restrictivamente la facultad del Gobierno de indultar la pena accesoria de inhabilitación especial impuesta al Sr. Gómez de Liaño. Al final, y pese a no decirlo expresamente, lo que late en la decisión del Tribunal de Conflictos es la intención de reparar la indefensión que supuestamente deriva de la decisión de no suspender la ejecución de la condena, en la medida en que esa decisión permitió la ejecución del fallo y la consiguiente “inindultabilidad” de la pena accesoria por ser pena ya cumplida (art. 4 de la LI). Con ello se altera gravemente la naturaleza de la suspensión de los fallos condenatorios, que de excepcional parece convertirse aquí en regla general llamada a evitar que la potestad de indulto sea condicionada y que su extensión y alcance pueda acabar dependiendo de un detalle tan aleatorio como la mayor o menor celebridad con que los Tribunales penales decidan ejecutar las condenas.

Junto a ello, nos parece ciertamente discutible la afirmación que el Tribunal de Conflictos hace del alcance del control sobre los indultos que co-

<sup>44</sup> LOZANO, B. “El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración” REDA, núm. 91, 1996, pág. 439.

responde al Tribunal sentenciador. El control de los elementos reglados de la potestad de indultar es un control de legalidad que no conoce matices entre lo que sea una vulneración “manifiesta” o no. Afirmar que sólo cabe el control frente a las infracciones manifiestas de la Ley es contrario al principio constitucional de plenitud del control judicial de la legalidad de la actuación administrativa. Máxime cuando, como hemos visto, esa función judicial no está ceñida a la mera comprobación del cumplimiento de los elementos reglados de la potestad de indultar, sino que se extiende (como lógica consecuencia de la sujeción de la actividad administrativa a la “Ley y al Derecho”) a los supuestos de uso arbitrario de la misma (art. 9.3 CE). Y, ¿acaso no pudiera separarse lo irracional o manifiestamente desproporcionado de la decisión de indultar a un juez condenado por delito continuado de prevaricación para que pueda seguir ejerciendo la tarea en cuyo desempeño cometió precisamente el delito, y ello contra el dictamen desfavorable del Tribunal sentenciador? Sea o no sea así, lo cierto es que esta posibilidad hubiera merecido si quiera ser debatida. Debate que no puede ser sustraído pretendiendo limitar el control de legalidad que debe hacer el Tribunal sentenciador al aplicar los indultos concedidos a los supuestos de infracción “manifiesta” de la Ley.

Son muchas las particularidades y condicionantes que rodeaban la resolución de este caso, tantas que nos inclinamos a pensar que se trata de una de esas decisiones de “caso único”: el enorme peso del lastre extrajurídico que arrastra; la singularidad y excepcionalidad de la potestad que da origen al conflicto; el inestable equilibrio que el ordenamiento diseña en el ejercicio y el control de la prerrogativa de gracia; la hermenéutica de una Ley decimonónica que surge en un contexto político, social y jurídico bien distinto al presente; lo limitado del mecanismo de resolución de conflictos, que ha de ceñirse a la disquisición competencial pero cuyos efectos acaban privando de la fuerza de cosa juzgada a una decisión judicial de fondo; etc. Todo ello no hace sino alimentar el profundo desasosiego que produce la debilidad de la argumentación jurídica empleada por el Tribunal de Conflictos para solucionar el caso y que, al fin y al cabo, nos obliga a reflexionar sobre la mejor articulación jurídica de la prerrogativa de gracia.

En efecto, prescindiendo de sus connotaciones institucionales y de sus reminiscencias históricas, el encaje y la justificación que aún tiene hoy la gracia en nuestro sistema jurídico parece radicar en su carácter de recurso excepcional y último de justicia material; un “mal menor” que el Derecho necesitaría para garantizar que la justicia formal no acabe siendo injusticia en determinados supuestos límite. La existencia misma de esta prerrogativa, con independencia de la forma de ejercicio y el alcance con el que haya sido plasmada

en cada momento histórico<sup>45</sup>, parece probar así que el Derecho penal y penitenciario no es siempre capaz de integrar sus lagunas y solventar sus contradicciones internas, hasta el punto de necesitar una especie de cláusula de cierre, una garantía última de justicia materializada en el derecho de gracia. Al igual que la Constitución ha prohibido la amnistía y los indultos generales (art. 66.i) por considerarlos contrarios al conjunto de valores y principios jurídicos que la misma plasma, quizás fuera conveniente considerar que el perfeccionamiento del sistema pasa por descartar también la garantía extrema del indulto particular (que supuestamente justifica su existencia en razones de justicia, pero que, como la que practicaba el Cadí, se presta a su utilización indiscriminada e inicua), siendo preferible avanzar en la dimensión correctiva del Derecho penal y penitenciario para que ese ordenamiento pueda dar mejor cabida a las exigencias de la justicia material.

<sup>45</sup> Que desde luego no ha sido siempre el que actualmente tiene en nuestra Constitución, que la califica de prerrogativa Real y, a la postre, acaba confiriendo su ejercicio al Ejecutivo. Cabe recordar, por ejemplo, que el art. 102 de la Constitución republicana de 1931, con una técnica formalmente más acorde con el principio de división de poderes, atribuía la potestad de conceder indultos particulares, como regla general, al Tribunal Supremo, que los “otorgará (...) a propuesta del Tribunal sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte”. De hecho, esta previsión supuso la derogación tácita de la Ley de indulto de 1870, cuya vigencia fue restituida por el Decreto de 22 de abril de 1938 que comentábamos en la nota nº 18.