

EVA CARRACEDO CARRASCO *

La superación del indulto como mecanismo de individualización de la pena

ABSTRACT

- ✓ Nel corso della sua evoluzione, la *grazia* («indulto» in Spagna) ha svolto numerose funzioni. Di queste, si evidenzia il suo essere strumento che permette, nel caso vi siano caratteri di eccezionalità, la conciliazione tra esigenze di giustizia formale e materiale secondo il principio di proporzionalità. L'analisi valuta la necessità di mantenere l'istituto della *grazia* per rispondere a tale funzione. A tal fine, si sono individuate le ragioni storiche che giustificavano il suo utilizzo; le disfunzioni legate alla sua applicazione; i meccanismi alternativi offerti dal diritto penale moderno per realizzare la stessa funzione: individualizzazione della pena da parte dell'organo giudiziario; istituti di flessibilizzazione della esecuzione della pena; possibilità di modifica o deroga della legge o questioni di costituzionalità.
- ✓ The uses assigned to the figure of pardon throughout its history have been diverse. Key amongst them is its conception as a mechanism for individualizing the punishment, its implementation as an instrument of proportionality that allows, in a case characterized by its exceptionality, the conciliation between formal and material justice. The article starts from this reality to call into question that the institution of pardon should be maintained to satisfy that end. In particular, it identifies the historical reason that justified its use, it warns of the dysfunctions that its role generates and it examines the different mechanisms available within a modern Criminal Law to perform that function (individualization of punishment by the judge, flexible institutions while executing the ruling, possibility of modification or repeal of the law or raising an unconstitutionality exception). From these reflections it is inferred, in conclusion, the overcoming of pardon as a mechanism for individualizing the punishment.

* Contratada Predoctoral presso il Dipartimento di Scienze giuridiche, politiche ed economiche della Universidad Autónoma de Madrid.

EVA CARRACEDO CARRASCO

LA SUPERACIÓN DEL INDULTO COMO MECANISMO
DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

«Parece claro, en fin, que en el mar revuelto de una legislación injusta y dura, el derecho de gracia, especie de salvavidas podrido, se va a pique, no solo con los náufragos que parecía salvar, sino con los tripulantes que fueron a prestarles auxilio».
C. ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, 1893, pp. 214-215

«Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo. Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia».

M. DE CERVANTES, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*², 2^a, 1615, en 1845, cap. XLIII, p. 370

SOMMARIO : 1. Introducción: Delimitación conceptual e indulto como figura poliédrica. – 2. El indulto como mecanismo de individualización de la pena, como instrumento de proporcionalidad – 2.1. Contenido de la función y punto de partida histórico. – 2.2. ¿El indulto como remedio ante la necesaria abstracción de la ley penal? – 3. Conclusión: superación del indulto como mecanismo de individualización de la pena.

1. Introducción: Delimitación conceptual e indulto como figura poliédrica

Una definición del indulto¹ en sentido amplio lo configura como un acto discrecional que supone que, para un caso concreto, las consecuencias jurídicas desfavorables que deben ser aplicadas por previsión normativa sean atenuadas o eliminadas.

En atención a las limitadas pautas dadas por el ordenamiento jurídico penal español, se propone definir al indulto particular como un acto discrecional derivado de la potestad conferida nominalmente al Jefe del Estado

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ La figura del indulto en España se corresponde con la institución de la *grazia* en el ordenamiento italiano.

y materializado como acto de Gobierno, para que en un supuesto concreto no se ejecute íntegramente la pena ya impuesta en sentencia firme, la cual queda remitida parcial o totalmente, o conmutada por otra menos grave.

De la anterior definición se extraen cuatro rasgos que retomaremos al final de estas reflexiones: se trata de una decisión discrecional –fronteriza con la arbitrariedad–; es un remedio *post sententiam* que exige que la condena haya alcanzado firmeza, que se hayan agotado todos los remedios procesales para revertir el pronunciamiento judicial, caso de entenderlo erróneo; es una decisión emanada del poder ejecutivo; y, ante todo, se configura como una decisión individual: afecta exclusivamente a aquel que beneficia.

Las funciones que han sido asignadas a la institución del indulto desde su génesis han sido múltiples y pluriformes. Ello le ha impreso un carácter poliédrico² que se proyecta en los heterogéneos fines para los que históricamente se ha empleado y hoy se utiliza³.

Tradicionalmente y sintetizando siglos de discusión a su mínima expresión, esos diversos usos quedan clasificados en dos grandes categorías: la utilización del indulto como acto jurídico, como instrumento para la consecución de la *justicia* o corrección de una injusticia; o su otorgamiento como acto político, motivado por conveniencia o utilidad pública⁴. Adviértase que es posible efectuar esta categorización, a pesar de un problema que late con cada decisión de indulto: el desconocimiento de las motivaciones que dan lugar a su concesión, en el que coadyuvan la ausencia de justificación de los otorgamientos y la falta de publicidad de las denegaciones.

Las siguientes líneas se centrarán en la que se reputa como piedra angular del primer grupo: la utilización del indulto como mecanismo de indivi-

² G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milan 1974, pp. 48, 55-56, 77.

³ C. AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid 2001, p. 37; E. LINDE PANIAGUA, «El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, primer semestre de 2000, p. 163.

⁴ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*³, tomo 2, Gand 1977, reimpr. ed. 1877, p. 256, § 998; E. LINDE PANIAGUA, *Amnistia e indulto en España*, Madrid 1976, pp. 44-45; V. MANZINI, *Pene-Misure di sicurezza-Cause estintive del reato e della pena-Fine della Parte Generale*, en *Trattato di Diritto penale italiano (a cura del Prof. Pietro Nuvolone)*⁵, vol. 3, Turín 1981, p. 432; E. SCHMIDT, «§ 100 – Begnadigung und Amnestie», en G. ANSCHÜTZ, R. THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 2, Tübingen 1932, p. 563.

Sin embargo, F. GINER, A. CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, tomo 1, Madrid 1926, p. 78, destaca que el Derecho es necesariamente un orden de utilidad, sin que quepa imaginar un acto jurídico que no sea acto útil.

dualización de la pena, como instrumento de proporcionalidad a los fines de alcanzar una solución *justa*.

2. El indulto como mecanismo de individualización de la pena, como instrumento de proporcionalidad

2.1. Contenido de la función y punto de partida histórico

Quizá la justificación dada al indulto que se defiende con más vigor es aquella que fundamenta su empleo en alcanzar la debida proporcionalidad de las penas aplicadas⁵. El indulto, se aduce, habrá de ser concedido en aquellos supuestos en que la pena a imponer sea desproporcionada en atención a las concretas circunstancias del caso, cuando la solución a alcanzar por la justicia material no coincida con la infligida por la *estricta* justicia formal.

Aplicando los enunciados aristotélicos, el indulto se instituiría como el instrumento, cual regla de plomo de Lesbos, que serviría para rectificar la «*justicia rigurosamente legal*» para obtener una solución equitativa al resolver la asintonía derivada de la necesaria generalidad de la ley, que debe ser aplicada a un caso particular con rasgos excepcionales⁶.

No se trata ni de corregir una norma de conducta en abstracto que se entiende que ha de devenir atípica, ni de enmendar el desacompañamiento temporal que puede producirse cuando la sociedad experimenta una evolución que los textos normativos no son capaces de seguir y, por consiguiente, las leyes sobreviven, sin tener que hacerlo, al momento de su dictado. No nos centramos en aquellos supuestos en los que la conducta ya no debiera

⁵ J. GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional*, Valencia 2015, pp. 90-103; J. LLORCA ORTEGA, *La ley del indulto (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma)*, 3ª edición, corregida, aumentada y puesta al día conforme a la Jurisprudencia dictada hasta el 1 de enero de 2003, Valencia 2003, pp. 108-110; J.A. MARTÍN PALLÍN, «El derecho de gracia», en Ministerio Fiscal y sistema penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria), Madrid 1992, p. 317; M.H. RENAUT, «Le droit de grâce doit-il disparaître?», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 3, julio-septiembre de 1996, pp. 576, 599; L. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid 1879, pp. 437-438; J.E. SOBREMONTA MARTÍNEZ, *Indultos y amnistías*, Valencia 1980, pp. 163, 242-243, 267-269, 280.

⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid 1970, pp. 86-87.

ser considerada delito pero el texto normativo no ha sido aún derogado o modificado⁷, sino en la realización de la *justicia* al caso concreto, dados unos textos legales que, *a priori*, no parecen discutirse.

La institución del indulto se convertiría en mecanismo para suavizar los rigores de una legislación que, para ese supuesto, resultaría excesivamente severa⁸. Dicha institución se erigiría de esta forma como un mecanismo de adaptación, un medio auxiliar obligado para lograr justicia, como el último escalón del sistema penal, situado al más noble y alto nivel, dispuesto y empleado para alcanzar aquella⁹. Vendría a llegar a asumirse al indulto, de esta forma, como una corrección de la justicia en virtud de la justicia, como un mecanismo de equidad para franquear el eventual abismo entre la justicia formal y la material¹⁰. Asunción que no resulta pacífica ni compartida¹¹ y que debe ser altamente cuestionada porque, *per definitionem*, podría no

⁷ P.J.A. VON FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, parte 1ª, Erfurt 1799 p. xxviii.

⁸ R. GARCÍA MAHAMUT, «Seis reflexiones sobre el indulto y una consideración acerca de la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de indulto», en AGUIAR DE LUQUE et al. (comisión organizadora) *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Valencia 2005, p. 619; M.C. LOVE, «Fear of Forgiving: Rule and Discretion in the Theory and Practice of Pardoning», en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 13, núm. 3-4, 2000-2001, p. 130; J-G. SCHÄTZLER, «Gnade vor Recht», en *Zeitschrift für Rechtspolitik* núm. 3, 2008, p. 1250; mismo autor, *Handbuch des Gnadenrechts, Gnade-Amnestie-Bewährung*², Múnich 1992, pp. 144-146.

⁹ A. BONNEVILLE, *Traité des diverses institutions complémentaires du Régime pénitentiaire*, París 1847, p. 91; G. DÜRIG, «OVG Hamburg, Urteil v. 23.9.1960 – Bf. I 203/59», en *Juristenzeitung*, 1961, núm. 5/6, p. 166; U. HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», en *Schweizerische Juristenzeitung*, núm. 19, 2001, pp. 413-414; H. HOLSTE, «Die Begnadigung – Krönung oder Störung des Rechtsstaates?», en *Jura*, núm. 11, 2003, pp. 738-742; A. MAURER, *Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht*, Frankfurt am Main 1979, pp. 34-35; H. MONZ, «Die Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, cuaderno 4, pp. 138-139, 141, asumiendo la posición de G. RADBRUCH; J-G. SCHÄTZLER, *Handbuch* cit., pp. 6-7, 92-94; mismo autor, «Gnade vor Recht», p. 1251; S. WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, Hamburgo 2008, pp. 15-16. En contra, H. HUBA, «Gnade im Rechtsstaat?», en *Der Staat*, núm. 29, 1990, p. 122.

¹⁰ B. CLAVERO, «Justicia y gobierno, economía y gracia», en J. MOYA MORALES, E. QUE-SADA DORADOR, D. TORRES IBÁÑEZ (Eds.), *Real Chancillería de Granada: V Centenario (1505-2005)*, Granada 2006, p. 10; D. DIMOULIS, «Die Gnade als Symbol, Legitimationsfunktionen der Begnadigung und Lehren aus dem “Fall Sofri”», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 81, núm. 3, 1998, pp. 358-359; A. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo 2, Burgos 1872, p. 107.

¹¹ J.D. BARNETT, «The grounds of pardon», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 17, núm. 4, febrero de 1927, p. 498.

existir consenso en establecer lo que supone alcanzar una solución *justa* (materialmente, separada del texto normativo) al depender, dicho concreto concepto, de cada operador¹².

Lo que normativamente se avala en estos casos es: (i) la imposibilidad de que el órgano sentenciador se aparte del texto de la ley penal al que está vinculado, aun cuando esta devenga en desproporcionada para el caso enjuiciado (exacerbación de la garantía de tipicidad derivada del principio de legalidad) y el impedimento para atender principios generales tales como la proporcionalidad, la equidad o la justicia¹³; y (ii) la corrección de dicho defecto por parte del poder ejecutivo a través de la figura del indulto¹⁴.

En este punto y en atención a esta última cuestión, resulta fundamental dar un paso atrás y detenernos en la comprensión de la figura del indulto como un instrumento relacionado con el mecanismo de equilibrio *inter* poderes del Estado. El entorno legislativo decimonónico, con fuerte influencia francesa, prohibía la interpretación de la ley por los jueces¹⁵. Por ello, el art. 131. 1º de la Constitución española de 1812 asignaba a las Cortes la facultad no solo de decretar las leyes sino de interpretarlas y dejaba asignada a los Tribunales únicamente la potestad de aplicarlas, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (arts. 242 y 245 de aquella Constitución).

Para evitar la arbitrariedad judicial, se adoptó una solución pendular: la ultrapredeterminación normativa de la sanción y la veda a la interpretación judicial de la ley. Al órgano judicial se le impidió modular el castigo, imponiéndole un sistema de determinación de pena de tasa o tarifa¹⁶. De esta forma, el Código Penal francés de 1791 establecía un sistema de penas fijas determinadas, en la que se negaba al juez adecuar la gravedad de la pena a las circunstancias concretas del supuesto.

Sin embargo, estas medidas que pretendían transformar al juez en au-

¹² Vid. J.D. BARNETT, *Ivi*, p. 529; R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Nueva York 2011, reimp., p. 128; D.T. KOBIL, «The quality of mercy strained: wresting the pardoning power from the King», en *Texas Law Review*, núm. 569, febrero de 1991, p. 632.

¹³ J.M. BENITO, «Del derecho de gracia, o la remisión y conmutación de la pena», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, junio de 1948, pp. 21-24.

¹⁴ E. BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, núm. 3, 1995, pp. 853-861; J.R. BROWN, «The quality of mercy», en *UCLA Law Review*, vol. 40, 1992-1993, pp. 329-330, 335; E. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 563.

¹⁵ E. BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos del Derecho penal», en *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid-Barcelona 2002, pp. 13-14.

¹⁶ C. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid 1981, pp. 93-113.

tómata fracasaron y se consiguieron vencer las constricciones a las que quedaba sometido el juez penal. Ello explica el establecimiento de un rango de pena dentro del cual poder transitar a los efectos de adecuar la gravedad del castigo a las circunstancias de hecho y autor. Así, ya desde el Código penal español de 1822 se instauró un sistema de horquillas o márgenes penales¹⁷ y nada parecía impedir que el órgano judicial pudiera amoldarse a las circunstancias del caso que ante él pendía, interpretando los preceptos que había de aplicar.

Sin embargo, es necesario comprender la descrita proscripción para entender las explicaciones dadas por Marquina y Kindelán, oficial del Ministerio de Gracia y Justicia, al describir la rigidez que imperaba aún para la práctica judicial en 1900 y la deriva de la figura del indulto en esas aguas. La tesis que mantuvo aquel estaba basada en la asunción de una normativa inflexible que impedía el necesario proceso de adaptación de los magistrados al aplicar la ley al supuesto concreto. Esa limitación había surgido como respuesta a una práctica descontrolada, libre y arbitraria de aquellos, que se pretendía acotar¹⁸. En esas ansias restrictivas, el legislador se excedió, impidiendo a los jueces un mínimo de flexibilidad que, por consiguiente, había de alcanzarse a través de la figura del indulto. Su empleo, como el propio Marquina y Kindelán advirtió, vendría a configurarse como *antídoto* frente a una imperfecta legislación que, de ver ensanchada la limitada esfera de actuación de los Tribunales (tanto en la aplicación de las penas como en la ejecución de las mismas¹⁹), vendría a desplazar el uso que, cual remedio y mientras ello acaeciese, se otorgaba al indulto²⁰.

Por tanto, en atención a ello, puede comenzar a vislumbrarse la superación de la institución del indulto como remedio ante la inflexibilidad a la que se sometía al aplicador de la ley tras la superación de su férreo encorsetamiento. Sin embargo, las reformas operadas no derivaron en una relegación absoluta de la institución del indulto, pues aún se defendía y defiende su empleo ante la imposibilidad de que el propio texto de la ley pueda adaptarse a las concretas circunstancias del caso.

¹⁷ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principio de legalidad y arbitrio judicial», en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, Madrid 1997, pp. 292-293.

¹⁸ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Comentario a Beccaria, De los delitos y de las penas*^A, Madrid 1982, pp. 28 y 192, nota 5.

¹⁹ C. MARQUINA Y KINDELAN, *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, Madrid 1900, pp. 31-32.

²⁰ C. MARQUINA Y KINDELAN, *Ivi*, pp. 30-33.

2.2. ¿El indulto como remedio ante la necesaria abstracción de la ley penal?

La legislación penal es, *per se*, incompleta e indefinida²¹. Es fragmentaria porque su elaboración se basa en un forzoso proceso de abstracción, aproximación o generalización²². La normativa penal no puede prever hasta el último de los supuestos que, en la práctica, pueden acaecer²³. Si el Derecho penal se basa en la comisión de un delito, en el incumplimiento de determinadas normas a los que se anuda una consecuencia jurídica especialmente cualificada, la pena, –Derecho penal como Derecho de incumplimiento– resulta materialmente imposible que se puedan acotar las múltiples formas y variantes en que dichos incumplimientos pueden concretarse.

Partiendo de que el razonamiento jurídico descansa, entonces, en un mecanismo de reducción de la complejidad, se afirma que, cuando de la aplicación estricta de la ley se deriven situaciones de extrema severidad, la imposición de penas desproporcionadas, crueles e injustas para el condenado, debe acudir a la figura del indulto para paliar el rigor legal y alcanzar una solución proporcionalmente justa²⁴. Ya no se trataría de utilizarlo ante

²¹ ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 87.

²² J.M. BENITO, *op. cit.*, pp. 21, 24; G. BETTIOL, *Il problema penale*², Palermo 1948, p. 35; F. GINER, A. CALDERÓN, *op. cit.*, pp. 90-91; V. MANZINI, *op. cit.*, p. 433; L.R. MEYER, «The Merciful State», en A. SARAT, N. HUSSAIN (Eds.), *Forgiveness, Mercy and Clemency*, California 2007, pp. 86-87; G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*³, vol. 3, Milán 1824, pp. 110-111, § 1139-1140.

²³ F. CADALSO, *La libertad condicional, el indulto y la amnistía con un apéndice relativo a la condena condicional*, Madrid 1921, p. 266; F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale*², Lucca 1867, pp. 423-425, §§ 707-709; P. DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales, Nueva edición muy aumentada y rebecha de los Estudios de Derecho penal preventivo*, tomo 2, Madrid 1915, p. 401; F. GINER, A. CALDERÓN, *op. cit.*, pp. 88-93.

²⁴ K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, tomo 1, Leipzig 1885, p. 861, 1, II; P. DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales* cit., p. 399; mismo autor, voz «Amnistía é indulto», en L. MOUTÓN y OCAMPO, L. ALIER y CASSI, E. OLIVER RODRÍGUEZ, J. TORRES BALLESTÉ (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo 2, Barcelona 1910, p. 702; F. GINER, A. CALDERÓN, *op. cit.*, pp. 91-93; E. LINDE PANIAGUA, *Amnistía e indulto en España*, pp. 181-182; F. VON LISZT, E. SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Einleitung und Allgemeiner Teil*⁶, tomo 1, Berlín-Leipzig 1932, p. 440; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, Pamplona 2010, p. 829; M.C. LÓPEZ PEREGRÍN, «Capítulo XLVI Del perdón», en J.P. MATUS (Dir.), *250 años después Dei Delitti e delle pene, De la obra maestra a los becarios, Vigencia de los delitos y de las penas*, Buenos Aires 2011, pp. 506, 509; V. MANZINI, *op. cit.*, pp. 432-433; A. MAURER, *op. cit.*, pp. 210-211; C. MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat*, Frankfurt am Main 1996, p. 81

aquel encorsetamiento decimonónico antes descrito, sino ante la limitación de que el juez pueda apartarse del texto de la ley.

Por consiguiente, el indulto se instituiría en necesario suplemento de la legislación penal y de la equitativa administración de justicia, como un mecanismo funcional imprescindible de individualización de la ley penal²⁵. Para alcanzar ese fin, el indulto vendría a suplir aquel déficit de individualización de la pena al caso concreto que convierte a la concreta pena a aplicar –según sus estrictos términos– en desproporcionada e injusta²⁶. El indulto devendría operativo cuando la norma penal y la aplicación que de ella se ha hecho no han supuesto la realización de la justicia al supuesto concreto²⁷.

Sin embargo, se propone que el empleo del indulto se supere no por la transferencia de la potestad para la concesión del indulto al órgano enjuiciador²⁸, ni por su sustitución por el perdón judicial o por la sentencia

ss. (especialmente, pp. 111-112); H. FISCHER, «Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat», en *Neue Kriminalpolitik*, núm. 4, 2001, p. 24; H. MONZ, «Die Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, cuaderno 4, pp. 138, 141, acogiendo las tesis de G. RADBRUCH; A. KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, Frankfurt am Main 2001, pp. 17-18, 56-57; J. PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht, Eine inaugural Abhandlung*, Erlangen 1845, pp. 55-59; G. RADBRUCH, «§ 24 Die Gnade», en R. DREIER, S.L. PAULSON (Dir.), *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, Heidelberg 1999, pp. 163-164.

²⁵ U. HESS-ODONI, «Die Begnadigung - ein notwendiges Instrument der Strafjustiz», en *Schweizerische Juristen-Zeitung*, núm. 19, 2001, pp. 413-418; D.T. KOBIL, «The quality of mercy strained», p. 571; G.D. ROMAGNOSI, *op. cit.*, pp. 112-115, § 1144-1153; A. DEL TORO MARZAL, «Extinción de la responsabilidad y de sus efectos», en J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, tomo 2 (arts. 23-119)*, Barcelona-Caracas-México 1976, reimpr., pp. 630, 658-661; P. TÜRK, «Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008», en *Revue française de droit constitutionnel* núm. 79, julio de 2009, p. 521; M.J. URKOLA IRIARTE, «¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013», en *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-diciembre de 2014, núm. especial 99-100, p. 2904; G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 21, respecto de la segunda función que dicho autor asigna al indulto.

²⁶ G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, p. 828.

²⁷ J. GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto*, pp. 54-55.

²⁸ E. FERRI, *Principii di Diritto Criminale, Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice Penale vigente - Progetto 1921 - Progetto 1927*, Turín 1928, pp. 179-180; mismo autor, *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, Libro I, Roma 1921, p. 165; mismo autor, *Sociologia criminale*, Turín 1900, 4ª ed., pp. 844-845. En el mismo sentido, E.F. FLIQUETE LLISO, «Indulto y Poder Judicial: ¿Un instrumento para la realización de la Justicia?», en *Persona y Derecho*, vol. 75, núm. 1, 2017, pp. 250-256; A. KLEIN, *Gnade- ein Fremdkörper im Rechtsstaat?*, pp. 120-127. Dicha propuesta es criticada expresamente por S. WIONTZEK, *Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts*, p. 401.

indeterminada²⁹, sino por la propia individualización de la pena y la determinación de esta por dicho órgano³⁰, por su individualización en grado de ejecución³¹ (utilizando los «beneficios “post sententiam”»³²) y, en último término –si ello fuera preciso–, por la elevación de una eventual cuestión de inconstitucionalidad³³. Actualmente, en un Derecho penal moderno, la flexibilización que se pretende buscar en el indulto cual instrumento consuetudinario³⁴ se debe encontrar, como defendió Saleilles³⁵, en el texto de la ley, en la aplicación de este y en la posibilidad de adecuar la pena en grado de ejecución³⁶.

Ello, sin perjuicio de, como advirtiera ya Silvela³⁷, la posible modificación (y propuestas de reforma que incluso puedan partir de los propios órganos judiciales³⁸) de las normas penales que puedan prever penas desproporcionadas en aras de respetar el canon de constitucionalidad. Si para un

²⁹ Cfr. J. ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», en Revista de ciencias jurídicas y sociales, vol. 5, 1922, núms. 17-19, pp. 5-22, 186-226, 411-443; mismo autor, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena. Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945 en la Universidad de Salamanca*, Salamanca 1944, pp. 49, 103; A. BERISTAIN IPIÑA, «Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón», en Estudios penales y criminológicos, núm. 10, 1985-1986, p. 39.

³⁰ J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Cizur Menor 2010, p. 1470.

³¹ En VV.AA., *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Valencia 2014, pp. 10-11, se recoge como una preferencia, pero no como una necesidad general. M. FANEGA, «El indulto. Análisis y alternativas bajo el prisma criminológico», en Criminología y Justicia Refurbished, núm. 3, septiembre 2016, pp. 112-113; H. HOLSTE, *op. cit.*, pp. 741-742, sobre el refinamiento de la técnica legislativa que permite una mejor individualización en la aplicación y ejecución de la pena, absorbiendo cuestiones que antes justificaban la utilización del indulto cuya existencia, dicho autor, estima no superflua.

³² J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *op. cit.*, p. 1471; J. LLORCA ORTEGA, *op. cit.*, p. 18.

³³ E. BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”» *cit.*, p. 862; J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Una lectura crítica de la Ley de indulto», *Indret*, núm. 2, abril de 2008, pp. 12-13, 17-18.

³⁴ L. SILVELA, *op. cit.*, pp. 439-440, crítico.

³⁵ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, Étude de criminalité sociale*, París 1927, *passim*, especialmente pp. 11-13, 14, 201-284.

³⁶ R.M. MATA Y MARTÍN, *Fundamentos del sistema penitenciario*, Madrid 2016, pp. 75-76, 79-102, 217, sobre la actuación de los tres poderes (legislativo, judicial y ejecutivo) en el proceso de determinación individualizada de la pena.

³⁷ L. SILVELA, *op. cit.*, pp. 436-437.

³⁸ Por ejemplo, acuerdo no jurisdiccional de 25 de mayo de 2005 de la Sala Segunda del TS en relación con la propuesta de modificación de la redacción de los arts. 368 y 369 CP español.

supuesto en concreto se detectase una desproporcionalidad entre el hecho típico y las consecuencias jurídico-penales anudadas a su comisión, lo que procederá será la reforma de aquel texto excesivo y no que la discrecionalidad del poder ejecutivo asuma aquella labor que corresponde al legislador democrático³⁹.

Siempre desde el máximo respeto al principio de legalidad, para defender nuestra posición, el primer argumento que ha de descubrirse, siguiendo a Rodríguez Mourullo⁴⁰, es que, en atención a la praxis, no puede orillarse que la aplicación de la ley a la realidad contiene una parte de creación que viene a integrarse en la propia ley y que contempla necesariamente pautas de proporcionalidad y justicia⁴¹ que se acogen como principios rectores del ordenamiento constitucional⁴². No se concibe que el órgano enjuiciador aplique el texto legal desnudo, con todo su *rigor*, por mucho que se pretendiera mantener aquella distinción histórica expuesta en el precedente apartado entre aplicación de la norma y su interpretación –y la consiguiente proscripción de esta última⁴³–; distinción, en todo caso, ya superada⁴⁴.

³⁹ W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Breslau 1851, p. 158; J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», en Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, pp. 159-161, 188. Recientemente, en el mismo sentido, I. HERRERO BERNABÉ, *El derecho de gracia: indultos*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 2012, p. 135.

⁴⁰ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principio de legalidad» cit., pp. 291-296; mismo autor, «Principios y garantías», en *Memento Práctico Penal 2017*, Madrid 2016, pp. 92-93, §§ 686-688.

⁴¹ Vid. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Sobre el indulto: razones y sinrazones», presentado con motivo de la celebración del seminario internacional «El indulto: presente y futuro», Madrid, 20 de abril de 2017, pp. 20-21, quien incide en la equidad (art. 3 CC) como necesario criterio interpretativo.

⁴² E. BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”» cit., pp. 854 ss.; D. MARKEL, «Against mercy», en *Minnesota Law Review*, vol. 88, 2004, pp. 1473-1474.

⁴³ M. ANCEL, *Suspended sentence: a report presented by the Department of Criminal Science of the Institute of Comparative Law, University of Paris*, Londres 1971, p. 5; J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en M. PÉREZ MANZANO, J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid 2016, pp. 119-220.

⁴⁴ E. BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”» cit., pp. 850-854; M. J. FALCÓN y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid 2005, pp. 135-136; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid 1988, p. 53: «Para ser aplicadas, todas las normas jurídicas, incluso las que parecen más claras, requieren su interpretación»; mismo autor, *Derecho penal, Parte General*, Madrid 1977, p. 103.

Lo anterior no implica asumir que el juez actúe guiado por una intuición emocional que rija un proceso decisorio en el que primero se adelanta mentalmente una conclusión para después buscar la argumentación plausible que auxilie a soportarla –retorciendo la justicia formal para lograr ensamblarla–, para, en ese segundo momento, buscar un ropaje jurídico que cubra la decisión preconcebida⁴⁵. No se comparte dicha aserción, sino simplemente se señala la amplitud de herramientas legales a las que, si bien ha de someterse a ellas el Juez, no constriñen su ámbito de actuación hasta reducirlo a un ser tullido⁴⁶.

Al margen de que existen elementos normativos que el Juez o Tribunal ha de completar –conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación que no infringe el principio de legalidad–, en tipos penales que puedan carecer de estos, nadie sostiene actualmente que la aplicación de la ley al caso concreto se trate de una aplicación mecánica del texto desvestido a modo de automático silogismo⁴⁷ –tan defendido por muchos como Beccaria para extinguir el bautizado por Tomás y Valiente «poder tiránico intermedio»⁴⁸–. Precisamente sostiene la autorizada voz de Rodríguez Mourullo que: «*Al interpretar la ley, el juez pondera fines, valoraciones, experiencias, realidades sociales nuevas, que pueden llevarle a aplicar la ley, a través de la obligada interpretación progresiva (art. 3.1 CC), a casos que el legislador histórico no pudo siquiera imaginar*»⁴⁹.

Los jueces no son autómatas ni locomotoras sin maquinistas que procesan inalterablemente unos textos de forma mecánica, sino que intervienen determinadamente en la aplicación del Derecho al caso concreto, interpretándolo⁵⁰, y son ellos los encargados de, a través de un complejo proceso de

⁴⁵ Cfr. A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires 1977, p. 43.

⁴⁶ Vid. J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal» cit., p. 183; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho* cit., pp. 20-22.

⁴⁷ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Ivi*, pp. 15-16, 45, 63-65-69.

⁴⁸ F. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, p. 193, nota 6. Cfr. E. BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”» cit., pp. 850-853.

⁴⁹ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Delito, pena y Constitución», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003, p. 315. Mismo autor, *Aplicación judicial del Derecho* cit., p. 17.

⁵⁰ C. ARENAL, *El derecho de gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, Madrid 1893, p. 175; A. BONDI, «La ricchezza delle sanzioni», en ID., G. MARRA, P. POLIDORI (Dirs.), *Il prezzo del reato*, Turín 2010, pp. 4-5, 19-20; J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», pp. 184-185; M. MOORE, «Victims and Retribution: A reply to Professor Fletcher», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, 1999, p. 86; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal* cit., pp. 103-104, 108-111; A. ROSS, *op. cit.*, pp. 129-135.

concreción⁵¹, individualizar la literalidad al supuesto que ante ellos pende, atendiendo al Derecho como integridad⁵².

De esta forma, se establece una superestructura basada en la ley⁵³ que auxilia a esta a alcanzar completitud; estructura que está configurada por doctrina, jurisprudencia y por la necesaria aplicación cognitiva del aplicador de la Ley⁵⁴, dejando al margen ficciones irrespetuosas con el principio de legalidad⁵⁵.

Adviértase en este punto que, como se anunciaba al final del apartado previo, el texto de la ley que ha de guiar al órgano judicial –y que, no olvidemos, puede mutar y quedar derogado– ha asumido su ductilidad. Si bien en España no se han introducido (aún) preceptos como el art. 131 bis del Código Penal italiano o los §§ 153 y siguientes del Código Procesal Penal alemán⁵⁶, el legislador configura los preceptos de forma elástica⁵⁷ y nada impide incorporar artículos que, como los citados, permitan incrementar esa flexibilidad.

Por tanto y asumida esa plástica redacción, explica Rodríguez Mourullo⁵⁸ que el juez dispone ya, en un primer escalón, de una doble vía para adaptar la realidad al caso concreto en busca de la equidad o justicia proporcionada: (i) la interpretación creadora de la propia ley; y (ii) la propia configuración del supuesto de hecho⁵⁹. El primer instrumento del sistema para dar respuesta a aquellas situaciones no previstas por el legislador penal se deriva, paradójicamente, de ese propio texto; interpretado y adecuado al hecho concreto ya acaecido⁶⁰.

⁵¹ J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, tomo 1 (arts. 1-22)*, Barcelona-Caracas-Méjico 1976, reimpr., p. VII (introducción); F. MUÑOZ CONDE, «Comentarios al Código penal y dogmática jurídico-penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 27, núm. 3, 1974, p. 484; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principios y garantías» cit., p. 92.

⁵² R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 81-96, 130.

⁵³ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho* cit., pp. 53-55.

⁵⁴ E. BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”» cit., p. 856.

⁵⁵ J. ANTÓN ONECA, *op. cit.*, pp. 211-218.

⁵⁶ Previsión normativa que pretendía recogerse en los arts. 90 y 91 del proyecto de Código Procesal Penal.

⁵⁷ Por ejemplo, arts. 318 bis. 6 o 579 bis. 4 del Código Penal.

Vid. GIMENO GONZÁLEZ, «La gracia de indulto», en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, 1972, núm. 4, p. 900.

⁵⁸ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principio de legalidad» cit., p. 293.

⁵⁹ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho* cit., pp. 46-51; mismo autor, «Principio de legalidad» cit., pp. 294-295.

⁶⁰ Precisamente es la solución alcanzada por la sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de octubre de 2001, en relación con el subtipo agravado del entonces art. 552. 1º CP

Cuando el juez configure el supuesto de hecho y, con su interpretación, se convenza de que los hechos son efectivamente subsumibles en un determinado precepto, además del ineludible análisis en sede de imputación del hecho al sujeto, la determinación de su participación concreta, el grado de ejecución de la acción delictiva y la eventual existencia de concursos, el juez guarda un segundo mecanismo para «relajar» la eventual severidad (que no estrictez) del texto legal e imponer razonadamente una pena proporcional individualizada en atención a la culpabilidad del sujeto, consideradas las circunstancias concretas concurrentes relativas al hecho y a su autor: (i) la eventual concurrencia de causas que eximen la responsabilidad criminal como la legítima defensa o el estado de necesidad, o circunstancias modificativas de la responsabilidad penal⁶¹ –agravantes o atenuantes que se prevén incluso con posibilidad de aplicación muy cualificada, con la cláusula de cierre de la circunstancia atenuante de análoga significación⁶²–; (ii) para el caso de que aquellas no concurren y en todo caso, el propio grado y extensión concreta de la pena que apliquen para adaptarla a las circunstancias personales del autor y a la gravedad del hecho⁶³, dentro de los márgenes dados por el legislador penal (sistema de horquillas que, como anticipamos, fue acogido desde 1822); y (iii) la elección concreta de una pena alternativa, cuando el tipo penal contemple distintas opciones entre las que el Juez o Tribunal pueda elegir, y la opción por la aplicación del específico tipo penal

español (trasladado, desde que entró en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo al art. 551. 1º CP), relativo al empleo de «objetos peligrosos» en relación con el delito de atentado: «Es correcta la apreciación del Ministerio Público sobre la desproporción de la pena impuesta, pero la corrección de esta infracción del principio de proporcionalidad no requiere acudir al Ejecutivo a través de la proposición de indulto parcial sugerida por el Ministerio Fiscal, pues puede resolverse igualmente en el propio ámbito jurisdiccional, a través de una interpretación del tipo delictivo de atentado sujeta al fundamento material de su incriminación y concretamente al fundamento material del subtipo agravado aplicado. La doctrina de esta Sala, por ejemplo en sentencias de 25 de noviembre de 1996 y 19 de noviembre de 1999, ya ha señalado que el riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad en el Código Penal de 1995 impone “una interpretación del tipo sujeta al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad”».

⁶¹ C. ARENAL, *op. cit.*, p. 38; E. BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos» *cit.*, p. 25; A. BERISTAIN IPIÑA, *op. cit.*, pp. 38-39; E. MESTRE DELGADO, «Gracia y Justicia (1)», en *Diario La Ley* núm. 8147, Sección Tribuna, 12 de septiembre de 2013, p. 3.

⁶² N.J. DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la Jurisdicción Penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, Cizur Menor 2009, p. 129.

⁶³ R.M. MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, pp. 83, 92.

cuando su configuración prevea modalidades ajustadas (subtipos agravados y atenuados)⁶⁴.

Por tanto, el propio legislador establece efectivas herramientas de individualización⁶⁵, que serán empleadas por el órgano aplicador, quien dispone de un conocimiento completo e inmediato sobre las circunstancias de hecho y autor. En síntesis y como ya Bacigalupo Zapater concluyó, «*el Derecho penal actual no impide que los Tribunales lleguen a soluciones justas en los casos que enjuician*»⁶⁶.

Todas estas previsiones, desde la propia configuración del supuesto de hecho hasta la determinación judicial de la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por el legislador, se realizan en el plano de aplicación de la pena, para que esta respete los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Una pena que rebase la medida de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor será ilegítima⁶⁷.

Pero el análisis y aplicación del principio de proporcionalidad de la respuesta penal no se detiene en la determinación de la pena al caso concreto, sino que esta es potencialmente modulada en la fase de ejecución de la condena ya fijada⁶⁸, en el seno de la cual el principio de proporcionalidad se instituye también como principio rector.

En sede de ejecución, y para preservar la proporcionalidad de la pena a aplicar, o, mejor dicho, la proporcionalidad de la restricción del derecho que opera a través de la pena⁶⁹, se han establecido normativamente instituciones de flexibilización e individualización cuya utilización sí es suscepti-

⁶⁴ N. CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten, Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Stuttgart 2007, pp. 19-20; LARRAURI, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Madrid 2015, pp. 137-138; R.M. MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, pp. 81, 88-91.

⁶⁵ Vid. J.M. SILVA SÁNCHEZ, «Perdonar», editorial de Indret, núm. 1, 26 de febrero de 2009, p. 2; L. SILVELA, *op. cit.*, pp. 437, 439; J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice, Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Nueva York 2003, p. 71.

⁶⁶ E. BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos» *cit.*, p. 25. En el mismo sentido, C. NAVARRO VILLANUEVA, «Notas acerca del indulto», en M.J. ESPUNY I TOMÁS, O. PAZ TORRES, P. YSÁS SOLARES (Coords.), *30 años de la Ley de Amnistía (1977-2007)*, Madrid 2009, p. 235: «*El ordenamiento jurídico ofrece al juzgador recursos suficientes para introducir en su decisión final, la que adopta forma de sentencia, elementos correctores*».

⁶⁷ F. MOLINA FERNÁNDEZ, «Determinación judicial de la pena concreta», *Memento Práctico Penal 2017*, Madrid 2016, p. 619, § 5630.

⁶⁸ A. BERISTAIN IPIÑA, *op. cit.*, pp. 40-42; N. CAMPAGNA, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten* *cit.*, pp. 20-21; E. LARRAURI, *op. cit.*, pp. 138-141, 185-186; R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 267-284.

⁶⁹ J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Capítulo XII. El control constitucional de las leyes pena-

ble de control de legalidad y revisión⁷⁰: disposiciones relativas a la suspensión o sustitución de la ejecución⁷¹ para evitar situaciones potencialmente desproporcionadas derivadas de un ingreso efectivo en prisión (o hacerlo por un tiempo desmedido)⁷², previsiones de extinción o reducción de la duración de la condena (como el art. 60. 2 CP español), y la propia ejecución sometida a grados –incluyendo la libertad condicional con posibilidad de su adelantamiento–, cuya aplicación efectiva replica y absorbe supuestos para los que históricamente se había utilizado la figura del indulto⁷³.

Si a pesar de los anteriores mecanismos que permiten adaptar la literalidad legal a la realidad concreta, pudieran, a título de mera hipótesis, existir supuestos en los que, a juicio del Juez o Tribunal, como consecuencia de la aplicación de las disposiciones legales, resulte penada una acción u omisión que, a su juicio, no debiera serlo o supuestos en que la pena a imponer fuera notablemente excesiva, el discutido⁷⁴ art. 4. 3 español contiene, como

les», en A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, J. BECERRA MUÑOZ (Dir.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid 2016, pp. 361-362.

⁷⁰ M.H. RENAUT, *op. cit.*, pp. 598-599.

Suspicaz, M. MELENDO PARDOS, «Recensión a C. AGUADO, Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10-11, 2002-2003, p. 778, para quien los sustitutivos penales también resultan discrecionales en su concesión y, por tanto, no tan distintos al indulto.

⁷¹ A través de las previsiones normativas sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se han cubierto escenarios que tradicionalmente han pretendido solucionarse a través del indulto: enfermedades graves con padecimientos incurables, toxicómanos rehabilitados o sometidos a tratamiento y suspensión por trastorno mental sobrevenido. A este respecto, destaca además la previsión contenida en el art. 71. 2 CP español para sustituir penas de prisión cuya duración sea inferior a tres meses.

⁷² I. HERRERO BERNABÉ, *op. cit.*, pp. 81-82 y 145, nota 211; H. ROLDÁN BARBERO, «Indulto e individualización de la pena», en J.I. FONT GALÁN, P.L. MURILLO DE LA CUEVA (Coords.), *Estudios jurídicos en conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho*, tomo 2, Córdoba 1991, p. 508.

⁷³ A. BÖHM, «Richterliche Mitwirkung bei Vollstreckung und Vollzug von Freiheitsstrafe», en *Juristische Schulung*, 1961, cuaderno 7, p. 337; F. CADALSO, *op. cit.*, pp. 232, 234; E. BACIGALUPO ZAPATER, «Los límites políticos» *cit.*, p. 25; F. LARNAUDE, «Rapport sur le droit de grâce», en *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, Bulletin de la Société générale des prisons du 28 juin 1899, tomo 23, núm. 7, julio-agosto de 1899, p. 938; M.C. LÓPEZ PEREGRIN, *op. cit.*, pp. 512-513; M.C. LOVE, *op. cit.*, pp. 125-126; B. OBAMA, «The president's role in advancing criminal justice reform», en *Harvard Law Review*, vol. 130, núm. 3, enero 2017, p. 836; P.S. RUCKMAN, JR., «The Study of Mercy: What Political Scientists Know (and Don't Know) About the Pardon Power», en *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 9, núm. 3, primavera de 2012, p. 830; J.Q. WHITMAN, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁷⁴ J.M. SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», en *Ita ius esto*, núm. 2, 2011, pp. 38-39; mismo autor, «Perdonar», p. 1.

declaración de índole positiva del principio de legalidad en su vertiente de garantía criminal, la previsión de poder acudir al Gobierno, mediante la propuesta de dos vías alternativas no excluyentes⁷⁵: (A) la derogación o modificación del precepto; o (B) la concesión de indulto.

Se torna innecesario señalar que, sin que exista criterio específico establecido legalmente que determine cuándo ha de optarse por cada opción, los efectos y consecuencias son radicalmente distintos de elegirse una u otra iniciativa, y el peligro evidente de la infrainclusión de optar por la segunda vía (con el eventual riesgo de contravención del principio de igualdad que ello conllevaría) no puede desatenderse. Sobre ello volveremos al final.

La opción que aquí se defiende, sin embargo, pretende resolver este supuesto partiendo de la siguiente hipótesis: si tras recorrer los distintos escalones de individualización de la pena en sede de aplicación y de ejecución⁷⁶ no se alcanzara una solución equitativa o proporcional, el problema no residiría, por ende, en aquel proceso de individualización sino en un déficit imputable al propio texto normativo. Esto es, la formulación del texto de la ley, el establecimiento de la pena a un haz de casos o el régimen de ejecución de esta para un conjunto de penados, no resulta potencialmente proporcional o materialmente justo. Dicha tacha sería predicable no ya respecto de un determinado supuesto concreto, sino que afectaría a una generalidad –aunque sea latente–. La cuestión no radica entonces en la aplicación al caso concreto de la pena o la individualización de esta, sino que debe reformarse la opción punitiva o la previsión penológica. La desproporción se ha descubierto en un caso concreto, pero el exceso no tiene por qué constreñirse a ese supuesto específico.

Ex hypothesi se llega a un escenario de análisis en el que, como señalaran Bacigalupo Zapater⁷⁷ y Sánchez-Vera Gómez-Trelles⁷⁸, no debe tener cabida la opción de elegir entre la disyuntiva prevista en el art. 4. 3 CP español, sino en el que solo cabe el planteamiento de una cuestión de in-

⁷⁵ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 4», en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), A. JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1997, p. 37.

⁷⁶ Interpretación del precepto, configuración del supuesto de hecho, imputación del hecho al sujeto, participación concreta del sujeto, grado de ejecución de la acción delictiva, eventual existencia de concursos, causas de exención y circunstancias atenuantes y modificativas de la responsabilidad penal, determinación judicial de la pena en los límites marcados, eventual suspensión de ejecución, tratamiento penitenciario diferenciado o libertad condicional y adelantamiento de esta.

⁷⁷ E. BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”» cit., p. 862.

⁷⁸ J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *op. cit.*, pp. 12-13, 17-18.

constitucionalidad, ya que sería el propio precepto a aplicar el que sería potencialmente contrario a los principios de culpabilidad y proporcionalidad y podría eventualmente vulnerar el derecho a la libertad (art. 17 de la Constitución Española –en adelante, CE–), la proscripción de las penas inhumanas o crueles (art. 15 CE) y el principio de legalidad sancionadora en su proyección del principio de proporcionalidad (art. 25. 1 CE) junto con el principio de justicia del art. 1 CE. Preceptos encabezados por el mandato previsto en el art. 49. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Potenciales contravenciones cuya resolución no ha de dejarse en manos de una decisión discrecional del Ejecutivo. Planteado así el problema ante el Juez, en atención a los principios y derechos fundamentales afectados, ha de convenirse en que la solución nunca podrá ser acudir al indulto, sino el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Será entonces el Tribunal Constitucional el que debería verificar, con una eficacia *erga omnes* (frente al carácter individual del indulto), si la norma penal produce un derroche inútil de coacción que socava los principios de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho o si ha de acogerse, conforme al principio de conservación de la norma, una interpretación favorable del precepto cuestionado, a los fines de encontrar su acomodo en el marco constitucional⁷⁹.

Cuando la magnitud de la pena es tal que no permita su adecuación a la menor gravedad de las circunstancias concurrentes del hecho o de la culpabilidad del autor –y no exista una propuesta de interpretación favorable–, el Tribunal habrá de declarar la vulneración del derecho a la libertad personal como consecuencia directa de la contravención del principio de culpabilidad y del derecho a la legalidad penal (principio de proporcionalidad), por conculcar la proporcionalidad estricta de la pena. Se declarará, efectuando un ejercicio equilibrado regido por una actitud de deferencia con el legislador⁸⁰, la nulidad del precepto en virtud del cual potencialmente era aplicable una pena desproporcionada (por existir normas de protección que pueden sustituir eficazmente a las establecidas, de menor intensidad coactiva⁸¹); precisamente la situación para la que inicialmente se defendía la utilización de la figura del indulto.

⁷⁹ Vid. por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio de 1999.

⁸⁰ Vid. J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Capítulo XII» cit., pp. 351-377.

⁸¹ J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Proporcionalidad penal», en M.L. MAQUEDA ABREU, M. MARTÍN LORENZO, A. VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y*

Llegamos justamente así al escenario que analizó con lucidez Concepción Arenal, resolviendo certeramente que «*la injusticia de las leyes crueles no se evita sustrayendo a su acción algunos pocos privilegiados por medio del derecho de gracia, sino suprimiéndolas para todos*» ya que «*decir que la dureza de las penas hace preciso el poder de minorarlas arbitrariamente, es confesar la necesidad de modificar la legislación penal*»⁸².

3. Conclusión: superación del indulto como mecanismo de individualización de la pena

De las anteriores reflexiones se colige la ausencia de necesidad de la figura del indulto como mecanismo de individualización de la pena, como instrumento de proporcionalidad para alcanzar una solución *justa*. Esta institución ha sido relegada por la propia elasticidad de las normas penales, por la superación de una comprensión del aplicador del Derecho como un ser tullido, por los mecanismos de individualización de la ejecución de las penas y por el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

A pesar del reconocimiento de un indiscutible perfeccionamiento experimentado por el sistema desde su estado dieciochesco, la anterior aseveración no anuncia que nuestro ordenamiento jurídico actual sea intachable, *ergo* no puede mantenerse la institución del perdón. En este plano no se afirma que sería prescindible el indulto porque las leyes de las que nos hemos dotado, que hemos perfeccionado, son ya inmaculadas⁸³. Al contrario. Lo que se constata es que el propio sistema reconoce su imperfección; pero no solo: contempla la posibilidad de adoptar efectiva o potencialmente mecanismos correctivos más apropiados que el empleo de la figura del indulto. Destaca, en este punto, el papel protagonista adqui-

democrático de Derecho, Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Madrid 2016, pp. 183, 189; D.M. SANTANA VEGA, «Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, septiembre-diciembre de 2016, pp. 73-75.

⁸² C. ARENAL, *op. cit.*, pp. 26-27; J.P. MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía, El Derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Santiago de Chile 2010, pp. 126-127: «Esto es lo definitivo de la gracia: que “entre los que son igualmente malos”, algunos sean castigados en justicia, mientras otros son liberados del castigo por misericordia».

⁸³ Conclusión a la que conducirían las asunciones de C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1764, con el *Comentario de Voltaire*, Madrid 2014, pp. 144-145.

rido por la libertad condicional, cuyo empleo y desarrollo ha desplazado a la figura del indulto⁸⁴.

Como ya adelantamos al inicio y en atención a la conclusión alcanzada, es el momento de retomar las reflexiones derivadas de los rasgos que caracterizan a la institución del indulto (decisión discrecional, acordada tras la firmeza de la sentencia condenatoria, emanada del ejecutivo y con impacto individual) para advertir que, además de innecesario, resulta, a los fines de alcanzar una respuesta punitiva proporcional, altamente distorsionante.

La decisión de otorgar o no un indulto es discrecional; no existe, por consiguiente y en contra de lo que sostiene Campagna⁸⁵, un derecho subjetivo a ser indultado. A lo que el condenado tiene derecho es a que se respeten sus derechos fundamentales y a que le sea impuesto un castigo justo y proporcional de conformidad con las circunstancias concurrentes del hecho y con su culpabilidad. Por ello, y en contra de lo mantenido por Campagna, considero, junto con Murphy⁸⁶, que a lo que el sujeto tiene derecho es a que se alcance, ya con su potencial condena (y eventualmente con el sistema de recursos), un resultado justo. El sujeto tiene derecho a que se alcance justicia en materia de condena penal (nunca estaría justificado que un inocente cumpliera un castigo o que quien no mereciera tanta pena no la viera rebajada). Por eso consideramos discutible reconocer un derecho (a ser indultado) que presuponga la negación de un derecho antecedente y preferente a obtener justicia, entendida como respuesta penal proporcionada. Y, menos aún, dejar esa decisión a la discreción del concedente del indulto.

⁸⁴ H. BIRKHOFF, M. LEMKE, *Gnadenrecht, Handbuch*, Múnich 2012, pp. 15-17, 105-123, 133-136; A. NOVAK, *Comparative executive clemency, The constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, Abingdon-Nueva York 2016, p. 2.

⁸⁵ N. CAMPAGNA, «Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 89, 2003, pp. 171, 180-181, 183; mismo autor, «Gibt es ein Recht auf Begnadigung? Benjamin Constants Paradigmenwechsel in der Problematik des Gnadenrechts», en B.S. BYRD, J. HRUSCHKA, J.C. JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 11, Berlín 2003, pp. 374, 376-379, 382-389, 402-403. En contra, C. AGUADO RENEDEO, «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», en M. ARAGÓN REYES, J. JIMÉNEZ CAMPO, J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 1, Madrid 2002, pp. 904-906; J.E. HAMPTON, «The retributive idea», en J.G. MURPHY, J.E. HAMPTON, *Forgiveness and mercy*, Cambridge-Nueva York 1994, reimpr., pp. 159, 161; J.G. MURPHY, «Mercy and legal justice», en *Social Philosophy & Policy*, vol. 4, núm. 1, 1986, pp. 3, 7.

⁸⁶ J.G. MURPHY, *Ivi*, pp. 7-10.

El hecho de que se asuma al indulto como remedio para paliar la desproporción de una pena impuesta en sentencia firme implica defender la necesidad de que tenga que imponerse una pena injusta, que la condena tenga que alcanzar firmeza y esperar al final de la tramitación del expediente de indulto para, al fin, tener la opción de, quizá, alcanzar una discrecional decisión que no afecta ni a antecedentes penales ni a responsabilidad civil (art. 6 de la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto). Dilatado tiempo de espera⁸⁷ en el que, recordemos, no queda automáticamente suspendido el procedimiento de ejecución de la condena (art. 4. 4 CP español) –como sí ocurre con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ex art. 35. 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–.

Adicionalmente, el hecho de acudir al poder ejecutivo para que sea este el que remiende la sentencia dictada, implica no solo facultarle para que imparta justicia y decida lo que es *materialmente justo*, sino la asunción de una paradoja. El Tribunal sentenciador, por su proximidad e intermediación a aquél que se somete a enjuiciamiento, dispondrá de un conocimiento más completo e inmediato sobre las circunstancias del hecho y del reo que el poder ejecutivo⁸⁸ que, dada su lejanía con el caso que se somete a su consideración, debe recabar informes al tramitar el expediente entre los que está precisamente el despachado por el órgano sentenciador. Se adentra el argumento en un esquema circular en el que, simultáneamente, se suprime la facultad del órgano sentenciador para valorar las circunstancias adyacentes al caso, para dictar una sentencia justa y se concede dicha facultad al órgano concedente del indulto para, sin solución de continuidad, afirmar la necesidad de que dicho órgano recabe la información sobre las circunstancias al órgano sentenciador previamente apartado.

Por último, no puede dejar de incidirse en que el indulto particular es una decisión individual. Si se llega a la conclusión de que el problema se deriva de una previsión normativa disfuncional que no permite alcanzar una

⁸⁷ La mediana del periodo de concesión de indulto se sitúa entre los 3 y 4 años para los otorgamientos del periodo 2000 - 2017.

⁸⁸ C. ARENAL, *op. cit.*, pp. 24-26, 32-35, 40: «No es posible afirmar esto, y no siéndolo, no se puede sostener tampoco el derecho de gracia, a menos que no se pretenda que por divina inspiración penetra el rey o el presidente de la república en lo recóndito de la conciencia, lee en la del delincuente, y tiene, para saber la verdad y realizar la justicia, medios de que carecen los otros mortales. O un milagro permanente, o un absurdo constante: o el Espíritu Santo descendiendo sobre el jefe del Estado cada vez que se le pide gracia, o él haciéndola a costa de la justicia, puesto que anula los fallos de los que mejor que él pueden aplicarla» (pp. 33-34).

pena proporcionada, carece de sentido optar por una medida cuyo efecto se reduce a la singularidad del sujeto beneficiado. Por tanto, el efecto *erga omnes* derivado de acoger una cuestión de inconstitucionalidad, además de ser una solución materialmente más ajustada, supone la propiedad de su efecto general⁸⁹. Con ello queda neutralizado el latente riesgo de infrainclusión que, predicable respecto del indulto, compromete potencialmente el principio de igualdad⁹⁰.

Cuanto ha sido expuesto demuestra que la figura del indulto como mecanismo de individualización de la pena, como instrumento de proporcionalidad, no solo ya no es necesario –al quedar reemplazado por otras instituciones más adecuadas– sino que, además, su empleo es altamente distorsionante en un Derecho penal moderno inserto en un Estado democrático de Derecho.

⁸⁹ J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁰ R.M. MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, pp. 78-79, señala la intrínseca contradicción existente entre el principio de igualdad y la individualización. De asumirse esta vía que se propone, creemos que dicha contradicción sería neutralizada.