

MESA REDONDA PRIMERA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO  
Y EL PODER JUDICIAL

## EL INDULTO Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

**Inés Huerta Garicano**

*Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo  
del Tribunal Supremo.*

SUMARIO: I. EL INDULTO, NATURALEZA Y PROCEDIMIENTO EN SU REGULACIÓN ACTUAL (LEY DE 18 DE JUNIO DE 1870, MODIFICADA POR LA LEY 1/88, DE 14 DE ENERO, Y, POR L.O. 1/15, DE 30 DE MARZO).- II. REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACUERDOS DE INDULTO, SU ALCANCE. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.- III. PROYECTO DE REFORMA DE 2017.

### I. EL INDULTO, NATURALEZA Y PROCEDIMIENTO EN SU REGULACIÓN ACTUAL

El derecho de gracia, conocido por los pueblos primitivos, fue una práctica constante durante toda la Edad Media, erigiéndose –en la época de las monarquías absolutas– en una manifestación más del derecho a impartir justicia por parte del monarca absoluto, titular de la soberanía, en el marco de un sistema judicial arbitrario y en un contexto de corrupción institucional generalizada.

Ese derecho de gracia se ha ejercido tradicionalmente a través de dos instituciones: **a)** la amnistía, sobre la que guarda silencio nuestra Constitución y el Código Penal, por lo que es harto dudosa su pervivencia, y que tiene efectos más amplios que el indulto en la medida que no solo extingue la pena, sino que incide sobre la acción delictiva, borrando los antecedentes penales, lo que, ciertamente, no acontece con el indulto; **b)** el indulto que puede ser general -expresamente excluido por el art. 62.i) CE- y particular, prerrogativa de gracia que el precitado artículo atribuye al Rey, titular de dicha potestad -que se ha de someter a la Ley (Ley de Indulto de 18 de junio de 1870, revisada por la 1/88, de 14 de enero)-, cuyo ejercicio material, en razón de nuestra Monarquía Parlamentaria, corresponde al Consejo de Ministros, a través de un Real Decreto (art. 30 de la Ley de 1870), con refrendo de la Jefatura del Estado, quedando excluido de su ámbito de aplicación el Presidente y el Gobierno por el art. 102.3 CE.

El indulto particular puede, a su vez, ser total –para lo que es imprescindible que, en el informe del Tribunal sentenciador, conste la concurrencia de razones de justicia, equidad o utilidad pública (art. 11 de la Ley de Indulto)-, o, parcial, en los restantes supuestos, con preferencia de la conmutación de la pena impuesta por otra menos grave dentro de la misma escala gradual (art. 12), si bien, desaparecidas las escalas graduales en el vigente Código Penal, la conmutación será por la pena menos grave de la única escala prevista en el art. 70 C. Penal de 1995.

**Están legitimados para pedir el indulto:** **1)** el penado, sus familiares o cualquier persona en su nombre sin necesidad de poder escrito acreditativo de la representación; **2)** el Tribunal sentenciador, Tribunal Supremo, o, el Fiscal de cualquiera de ellos; **3)** el Gobierno (arts. 19 a 21 de la Ley); **4)** La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico podrá solicitar del juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 206 del Reglamento Penitenciario) la tramitación de indulto particular para los penados que, de forma continuada y durante un tiempo mínimo de dos años, concurren –en grado extraordinario- las siguientes circunstancias (cumulativamente): **a)** Buena conducta; **b)** Desempeño de una actividad laboral normal en el Establecimiento o en el exterior que pueda considerarse útil para la vida en libertad, y, **c)** Participación en actividades de reeducación y reinserción social.

El art. 3 de la Ley de Indulto excluye de su ámbito los delitos de traición, descubrimiento y relevación de secretos de la defensa nacional, contra el derecho de gentes y piratería y esta exclusión –según la Exposición de Motivos de la vieja Ley– se debía a la naturaleza de estos delitos, el carácter y condición de la sociedad e, incluso, altas consideraciones de gobierno.

**Procedimiento:** **1)** Informe preceptivo y no vinculante del órgano sentenciador y del Ministerio Fiscal; **2)** Se oirá al ofendido si lo hubiere; **3)** Se resuelve por Real Decreto que se publicará en el BOE.

El **alcance del indulto** está regulado en los arts. 13, 14, 16 y 17 de la Ley. No comprende nunca las costas, ni la responsabilidad civil. Puede estar sujeto a condiciones, excluir las penas accesorias, salvo las indisolublemente unidas a la principal, o, comprender solo las accesorias y no las principales salvo, como acaba de decirse, estén indisolublemente unidas.

La aplicación del indulto compete al Tribunal sentenciador (art. 31) y la solicitud no suspende la ejecución de la pena (art. 32).

## II. REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACUERDOS DE INDULTO.

Existe un abundante acervo jurisprudencial acerca del ámbito de su revisión jurisdiccional.

Solo cinco sentencias, s.e. ú o., se pronunciaron sobre Acuerdos de concesión de indulto (R° 166/2001, 26/2006, 68/2009, 165/2012 y 13/2013), siendo el resto, pronunciamientos sobre Acuerdos denegatorios. Tres fueron dictadas por el Pleno de la Sala (la última, el 20 de noviembre de 2013, R° 13/13), una por la hoy extinta Sección Séptima (6 de junio de 2014, R° 159/13) y el resto por la también extinta Sección Sexta (de las que, las más recientes son las de 30 de enero de 2014, R° 407/12; 15 de septiembre de 2014, R° 109/14; 14 de noviembre de 2014, R° 251/14; 28 de mayo de 2015, R° 435/14, y, 13 de noviembre de 2015, R° 921/14, todas relativas a acuerdos denegatorios de indulto).

Dicha doctrina puede condensarse en los siguientes puntos: **1)** El control no puede afectar a los defectos de motivación; **2)** Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y no vinculantes a los que alude la Ley de Indulto); **3)** No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo.

La Sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013 introduce, por primera vez, un elemento reglado de control (**no obstante la dicción literal del art. 30 de la Ley de 1870 en su vigente redacción**, que eliminó expresamente la exigencia de motivación de los Reales Decretos de concesión de indulto. Nunca se exigió para los Acuerdos de denegación), y ese elemento reglado consiste en la necesidad de *“especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública”* que justifican el indulto, *“control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente -cuyo contenido no podemos revisar- para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad”*.

En definitiva, dicho control del ejercicio positivo de la potestad de indulto se limita a verificar si el Acuerdo de indulto obedece a razones de *“justicia, equidad y utilidad pública”*, a las que se subordina su concesión.

El Gobierno será libre para elegir y valorar las muy variadas razones de *“justicia, equidad y utilidad pública”*, que, en cada caso y a la vista de sus concretas circunstancias, le llevan a otorgar el indulto -sobre las que no cabe control jurisdiccional de clase alguna-, pero que han de guardar la necesaria coherencia con los hechos que constituyen su soporte fáctico, y esto si puede ser comprobado por el órgano jurisdiccional a fin de descartar todo atisbo de arbitrariedad, proscrita por el art. 9.3 CE.

Exigencia que, desde luego, no es predicable de los Acuerdos de denegación de indulto, como han tenido ocasión de manifestar las sentencias dictadas con posterioridad a dicho Pleno (singularmente las ya citadas), porque las denegaciones de indulto no se oponen al principio de ejecutividad de las sentencias firmes, que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 117 y 118 CE, corresponde garantizar a los Juzgados y Tribunales. *“En otras palabras –se dice en dichas Sentencias– no existe un derecho subjetivo al indulto, sino tan solo a solicitarlo y a que se tramite en su caso por el procedimiento legalmente establecido, y resuelva sin arbitrariedad”*.

Si la motivación nunca ha sido exigida para las denegaciones de indulto, y, según constante jurisprudencia, la valoración que el Gobierno haya realizado de los *“requisitos de carácter sustantivo”* no es susceptible de revisión jurisdiccional, es claro que la falta de motivación nunca será causa de anulación de las denegaciones.

La precitada sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013, que rompe con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no fue una sentencia pacífica, siendo objeto de varios Votos Particulares, algunos concurrentes, pero la mayoría contrarios a la tesis dominante. De ellos cabe destacar, por la profundidad del planteamiento, el del Magistrado Excmo. Sr. Rodríguez Zapata, que, en mi opinión, da totalmente en la diana, con una perspectiva histórica de su regulación, y del que no me resisto a transcribir los párrafos más relevantes para una mejor comprensión de la institución y lo que significa, aspectos esenciales soslayados tanto por la sentencia como por el resto de los Votos:

*“Cuando la Constitución de 1978 (en adelante CE) habla de “prerrogativa de gracia” (art. 87.3 CE) o de “prerrogativa real de gracia” (art. 102.3 CE) atribuye al Rey una competencia constitucional.*

*Todas las Constituciones contemporáneas, cualquiera que sea su signo.....reconocen hoy el ejercicio del derecho de gracia, que no es una institución periclitada o un símbolo del sistema absolutista.....*

*Es cierto que en las Monarquías absolutas la palabra del Soberano era, según el caso, ley, sentencia y perdón y que en las democracias parlamentarias, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial se han independizado de la autoridad del Jefe del Estado que ejerce el derecho de gracia. Precisamente, por eso no comparto la afirmación de que el órgano competente para el ejercicio del derecho de gracia sea el Gobierno y no el Rey.*

*Sigue aún vigente en España la Ley de 18 de julio de 1970 (en adelante LI), para el ejercicio del derecho de la gracia del indulto. Se debe ponderar que cuando dicha Ley se dictó, el Rey era el Jefe Supremo del Gobierno y la primera jerarquía de la Administración Pública (..... 69 de la Constitución de 1869). Hoy el Gobierno es, en cambio, un órgano constitucional independiente y diferente del Rey (artículo 98 CE) lo que comporta tres consecuencias: (1) Afirmar que el*

*indulto compete al Gobierno -que no al Rey- no se ajusta a la CE que atribuye al Rey -que no al Gobierno- la prerrogativa de gracia; (2) Cuando el Rey expide un decreto de indulto actúa en una relación jurídico-constitucional con el Ministro que refrenda muy distinta de la que existe cuando expide los demás decretos acordados en Consejo de Ministros [artículo 62 f) CE]; la competencia en estos últimos decretos es propia del Gobierno y, en el primero, es ejercicio del derecho de gracia que la Constitución ha atribuido sólo al Rey. Y (3) la intervención del Rey en un acto jurídico significa la intervención del Estado en su unidad. Por eso se puede atribuir formalmente al Rey, sin esfuerzo dogmático, la potestad de excepcionar la ejecución de una sentencia penal mediante la condonación en todo o en parte de la pena que se indulta y que ha sido impuesta por Tribunales a los que compete exclusivamente juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por exigencia del artículo 117.3 CE. La atribución al Rey del derecho de gracia se explica porque es el único órgano que, sigue ostentando constitucionalmente “en posición” la condición de vértice de los tres poderes en nuestro Estado social y democrático de Derecho. «La justicia”.....”se administra en nombre del Rey» (artículo 117.1 CE) y la interferencia que un indulto singular crea en las funciones constitucionales que tienen atribuida hoy en forma exclusiva los Tribunales del orden penal puede explicarse sólo si es el Rey quien perdona la pena. Menguar la intervención formal del Rey y predicar el indulto como potestad sustancial del Gobierno nos conduciría, en forma irremisible, a cuestionar si sigue siendo constitucional el sistema establecido en la Ley de 18 de junio de 1870, pese a la intervención en la Ley 1/1988, de 14 de enero, del legislador constitucional de 1978. Estaríamos abocados al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la vieja Ley de 1870 porque sería imposible entenderla derogada por la CE en su configuración esencial.....*

*La Sentencia considera que el indulto es sustancialmente competencia del Gobierno y, por eso, dejándose llevar por la corriente de una visión claramente administrativa del derecho de gracia descende en extensas consideraciones sobre la discrecionalidad, los actos -políticos o administrativos- y las exigencias de su motivación -o fundamentación- hasta que desemboca en un fallo estimatorio. Sostengo que el indulto, siempre que sea concedido “con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales” [artículo 62 i) CE], es ejercicio del derecho de gracia que, denominado significativamente prerrogativa real (artículo 102.3 CE), corresponde constitucionalmente al Jefe del Estado. Examinado el indulto con una visión sustancialista del derecho de gracia concluyo que todo indulto se concede, y desde hace más de dos mil años, por razones de bondad y de equidad (antigua clementia Principis). Cuando se respetan -como no puede ser de otra forma en un Estado social y democrático de Derecho- todos, y cada uno, de los límites formales y todas, y cada una, de las prohibiciones que marca el legislador de 1870 (y ha revisado el de 1988), el indulto es fruto de una libre estimación subjetiva. Debe ser sometido, sin duda, a controles políticos, parlamentarios o*

*del mismo electorado pero no es susceptible de ser articulado en un juicio de Derecho por lo que no puede ser controlado por los Tribunales de lo contencioso-administrativo más que en sus aspectos formales.*

*Desde la época romana hasta hoy se ha afirmado en nuestra cultura que el perdón es libre y se concede por razones de bondad y de equidad, no por formalismos legales: “Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat” (Séneca, De Clementia, II, 7).*

*Al llegar a esta conclusión me atengo, con los matices de dogmática constitucional que preceden, a lo que ha establecido la jurisprudencia unánime de esta Sala, cuya cita -por conocida- es innecesaria. Entiendo que la sentencia de la que respetuosamente disiento se aparta de ella por lo que he expuesto y, sobre todo, al exigir una motivación formal que no exige la Ley sin haber planteado previamente cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30 de la LI, como imponía una correcta aplicación de nuestro sistema de fuentes del Derecho, del que la sentencia se aparta.*

*El fallo debió desestimar el recurso, al haberse respetado en el caso, como acepta la sentencia de la mayoría, las prohibiciones y los requisitos formales que hasta ahora había exigido nuestra jurisprudencia en el otorgamiento de este indulto, como voy a razonar.....*

*El derecho de gracia, según la CE, debe ejercerse con un respeto estricto a la LI, en una vinculación positiva del ejercicio del mismo derecho a dicha Ley, que ha sido acomodada a la Constitución de 1978 por la reforma operada en la Ley 1/1988, de 14 de enero.....*

*La sentencia considera cumplidos, como ya he dicho, los requisitos formales exigidos en la LI, según la jurisprudencia de esta Sala pero añade uno novedoso: Que conste en el mismo Acuerdo de concesión (id est: en el propio Real Decreto) la motivación -o fundamentación- de la gracia.....*

*Disiento de esa nueva exigencia de una motivación o fundamentación formal por las cinco razones siguientes: (1) No existe ningún precedente en que se haya exigido que el Real Decreto de indulto contenga una motivación formal. La sentencia recoge, al efecto, lo que es un simple “ob iter dictum” en la sentencia del Pleno de 2 de diciembre de 2005 (RC 161/2004), ya que carecía de relieve para la razón de decidir en aquel caso; (2) Tampoco lo es el Preámbulo de la Ley de 1870 porque, aparte de que la expresión decreto motivado no tenía la significación que se le quiere otorgar; como entendió correctamente la Ley 1/1988, dicha Ley suprimió el requisito que ahora se exige y no cabe anular una medida de gracia por no cumplir un requisito no sólo no previsto en una Ley que habilita en forma positiva para ejercer el derecho o prerrogativa de gracia sino excluido expresamente por ella sin plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30 de la misma, como pedía la parte recurrente [A de H 5 g] de la sentencia]; (3) Tampoco sirve de soporte a la nueva doctrina el artículo 11 de la LI, conforme al cual habría que exigir en el Acuerdo de indulto “razones de justicia,*

*equidad o utilidad pública” en cuanto el artículo 11 de la LI se refiere únicamente a los indultos totales -así lo confirma el artículo 12 que se refiere a los demás casos- por lo que resulta inaplicable al indulto concedido en este caso, que es un indulto parcial, ya que conmuta “la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento por otra de dos años de multa” (4) En cualquier caso las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” que exige el referido artículo 11 deben ser apreciadas precisamente por el Tribunal penal sentenciador [... “a juicio del Tribunal sentenciador” dice la Ley] por lo que poco debemos añadir los Tribunales de lo contencioso a la existencia o inexistencia de dichas razones y de escasa ayuda es que consten formalmente en el texto del Real Decreto si, como acontece en este caso, se puede encontrar el informe del Tribunal sentenciador entre los documentos que obran en el expediente administrativo y (5). Tampoco sirve de soporte a la nueva doctrina el fragmento del Preámbulo de la Ley de 1870, cuando ésta señalaba que la concesión del indulto ha de llevarse a cabo “con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias y después de un detenido estudio sobre las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, la equidad o de la conveniencia social”. Este Magistrado comparte que estas exigencias sean obligadas pero eso no justifica que deban constar formalmente y en el texto del Real Decreto y no se puedan apreciar, como hasta ahora, en un examen del expediente administrativo aportado a los autos o de los datos objetivos del proceso.....*

*Disiento, en conclusión, del fallo que anula el Real Decreto de indulto y lo hace, además, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30 de la LI, según la versión de la Ley 1/1988. Entiendo, con todo respeto, que la Sala se aparta de la debida aplicación del sistema de fuentes del Derecho y se excede en su jurisdicción, al anular una medida de gracia por una exigencia no prevista ni en la Ley que habilita en forma positiva para el ejercicio del derecho de gracia ni en la jurisprudencia unánime de esta Sala”.*

**Por último, desde la perspectiva de la revisión jurisdiccional, hay una cuestión importante y es la relativa a la legitimación para impugnar** las concesiones de indulto (que, obviamente, nunca serán recurridas por el beneficiado de la decisión), que se ha planteado recientemente en dos sentencias de la ya citada Sección Sexta de la Sala Tercera.

En la sentencia de 8 de junio de 2015 (R° 39/14) –con el voto particular de dos de los siete magistrados que integraban la Sección- se admitió la legitimación de una Asociación Ecologista (que no había intervenido en el proceso penal, ni denunciado los hechos por los que fue condenado el indultado) para impugnar el indulto particular, por el que se conmutó la pena de tres años y un día de prisión (impuesta por un delito contra la ordenación del territorio, tipificado en los arts. 319.1 y 339 C. Penal) por

la de dos años, a condición de que se procediera a la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas y de que no volviera a cometer delito doloso durante tres años, tal como postuló el Ministerio Fiscal en el informe emitido en el expediente de indulto. Partiendo de la jurisprudencia del T.S. en materia de legitimación, con arreglo a la cual la legitimación –presupuesto inexcusable del proceso– *“implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso- administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto”*, y, siendo la base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 LJCA, *“la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta”* y esa relación entre la persona física o jurídica y la pretensión ejercitada en cada proceso, explica el carácter casuístico que presenta la legitimación.

El voto mayoritario la reconoció legitimación sobre la base de la Ley 27/06, de 18 de julio, por la que se trasponen las Directivas europeas que incorporaron las obligaciones derivadas del Convenio de Aarhus, y cuyo artículo 22 prevé una acción popular en asuntos medioambientales, en favor de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, que reúnan los requisitos de tener entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente, que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa, circunstancias que concurrían en la Asociación Ecologista, sin que, según la sentencia, fuera obstáculo impeditivo su falta de personación en el proceso penal seguido por el delito contra el medio ambiente, pues esa falta de personación en vía penal en nada perjudica ni afecta –se dice– a los fines de tutela del medio ambiente encomendados a la asociación recurrente por la ley, que pueden actuarse, indistintamente, bien en la persecución de actuaciones contra la ordenación del territorio que puedan ser constitutivas de delito, bien en la oposición al perdón de la pena impuesta por un delito de esa naturaleza con infracción o al margen de los requisitos establecidos por la ley.

El Voto particular, por el contrario, entendió que ese art. 22 no constituía cobertura de la pretendida legitimación de la Asociación Ecologista y ello porque: **1)** La referida Ley 27/06, tiene por objeto –art. 1- regular los derechos de acceso a la información ambiental que obre en poder de las autoridades o de quienes la posean en su nombre (arts. 3 a 14), a participar en los procedimientos para la toma de decisiones sobre asuntos que incidan directa o indirectamente en el medio ambiente, y cuya elaboración o aprobación corresponda a las Administraciones Públicas (arts. 16 a 18), y, por último, ***“A INSTAR LA REVISIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE LOS ACTOS Y OMISIONES IMPUTABLES A CUALQUIERA DE LAS AUTORI-***



**DADES PÚBLICAS QUE SUPONGAN VULNERACIONES DE LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL**” (arts. 20 a 23); **2)** Su art. 22, bajo la rúbrica “Acción popular en asuntos medioambientales”, que no es tal, sino, como dice su Exposición de Motivos, una especie de “acción pública” que se reconoce para impugnar en sede administrativa o jurisdiccional “*LOS ACTOS Y, EN SU CASO, LAS OMISIONES IMPUTABLES A LAS AUTORIDADES PÚBLICAS QUE VULNEREN LAS NORMAS RELACIONADAS CON EL MEDIO AMBIENTE ENUMERADAS EN EL ARTÍCULO 18.1*”, y dicho art. 18.1 enumera las siguientes materias: protección de las aguas, contra el ruido, de los suelos, contaminación atmosférica, ordenación del territorio rural y urbano y utilización de los suelos, conservación de la naturaleza, diversidad biológica, montes y aprovechamientos forestales, gestión de los residuos, productos químicos, incluidos los biocidas y los plaguicidas, biotecnología, otras emisiones, vertidos y liberación de sustancias en el medio ambiente, evaluación de impacto medioambiental, acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y aquellas otras que establezcan la normativa autonómica. Luego la legitimación que el art. 22 reconoce a este tipo de Asociaciones no tiene otro alcance que la de habilitarlas **para accionar contra actos de las Administraciones lesivos al medio ambiente en alguna de estas materias “sin necesidad de invocar ningún derecho o interés lesionado”**; **3)** El acto recurrido no se refería a ninguna de estas materias, específica y taxativamente recogidas en el precitado art. 18.1 de la Ley 27/06, sino que es un Acuerdo del Consejo de Ministros de concesión de indulto parcial de la pena privativa de libertad impuesta en una Sentencia penal firme condenatoria, resultado del ejercicio del derecho de gracia (“*prerrogativa de gracia*”, art. 87.3 CE, o, “*prerrogativa real de gracia*”, art. 102.3 CE), otorgada al Rey –art. 62.i) CE-, y que, en razón de los principios que informan nuestra Monarquía parlamentaria, no es ejercida materialmente por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno, con arreglo a lo que dispone la Ley de 18 de junio de 1870. Luego, la legitimación para impugnar el indulto en sede contenciosa estará necesaria y directamente ligada a quienes fueron parte en dicho proceso, únicos que han demostrado un “interés” en la punición de la conducta, y, en su caso, “*a la parte ofendida si la hubiere*” (a la que el art. 24 de la Ley de Indulto exige darle audiencia), y, diríamos más (en una interpretación amplia), al mero ofendido por delito aunque no hubiera sido parte por no haber ejercido la acción particular. Ofendido -concepto jurídico procesal distinto del de perjudicado-, es el titular del bien jurídico protegido por el delito, mientras que el perjudicado es quien, sin ser el titular de ese bien, sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo y para quien la legitimación para recurrir el indulto derivará de su previa personación en la causa penal como acusación particular. Existen, sin embargo -como refleja el Auto de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2009, R° 48/09-, delitos en los que no hay ningún ofendido porque el bien jurídico protegido carece de titular determinable (por afectar a la colectividad o a un valor no individualizable, como en el caso de los delitos medioambientales) o porque éste no puede ejercitar la acción (caso

del homicidio); **4)** El delito por el que fue condenado el indultado carecía de titular determinable: el bien jurídico protegido era el medioambiente, cuyo titular es la colectividad, y, la Asociación recurrente, aunque tiene como fin estatutario “*la defensa y conservación del medio ambiente*”, entendido como interés medioambiental genérico, no tiene la condición de afectada/ofendida por el delito por lo que sólo tendría legitimación activa para impugnar la decisión de indulto, si hubiera sido parte en el proceso penal mediante el ejercicio de la acción popular dada la naturaleza pública de los delitos medioambientales. Sin embargo no intervino, pudiendo hacerlo, por lo que, a juicio de los Magistrados que suscribieron el voto particular, carece de interés legitimador para cuestionar el indulto, sin que la legitimación legal del art. 22 de la Ley 27/06 pueda extenderse a estos supuestos, máxime cuando el indulto, además, no afecta directa ni indirectamente al bien jurídico protegido por el delito en la medida que el indulto parcial –conmutación de la pena privativa de libertad de tres años y un día por la de dos años- quedaba **condicionado**, por lo que aquí interesa, “*a la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas, de acuerdo a lo fallado por el Tribunal sentenciador...*”.

La segunda sentencia –nº 851/17, de 16 de mayo–, dictada en el Rº 4152/16, sin embargo, negó legitimación a la “Asociación de Víctimas de la Ley de Violencia de Género” para recurrir el Acuerdo de indulto parcial, conmutando la pena de cuatro meses de prisión, impuesta por delito de desobediencia, por la de treinta días de trabajo en beneficio de la comunidad, con la condición de abonar las responsabilidades civiles en el plazo que determinara el Tribunal sentenciador y no volviera a cometer delito doloso en el plazo de dos años desde la publicación del Real Decreto de indulto, y ello porque -tras recordar “*que una cosa es que las normas procesales de atribución de la legitimación activa deban ser interpretadas con un criterio amplio, y otra muy distinta que no pueda y deba ser denegada en aquellos supuestos de no concurrencia de los presupuestos y requisitos que el legislador haya establecido. Tratándose de un derecho fundamental de prestación y de configuración legal en el que el ejercicio de la tutela judicial efectiva está subordinado a los presupuestos y requisitos establecidos por el legislador; el derecho se satisface no solo cuando se obtiene una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo, sino también cuando, conforme expresa el Tribunal Constitucional, se obtiene una decisión de inadmisión o meramente procesal que aprecie en forma razonada la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley*”, con cita de numerosas sentencias en materia de legitimación- la autoatribución estatutaria no es suficiente, por si sola, sin que, además atendiendo a los fines previstos en los estatutos de la Asociación recurrente, exista una relación material unívoca entre ella y el objeto de la pretensión anulatoria del acuerdo impugnado que permita inferir un interés propio, actual y real por su parte, pues: **a)** no se identifica en la actuación de la Asociación la defensa de un interés colectivo habilitante, **b)** no se está ante un supuesto de expreso reconocimiento de acción popular,

c) la Asociación no puede estar amparada por una pretendida defensa de la legalidad, y, d) es a ella a quien incumbía la carga de la prueba de su legitimación, invocando con precisión el interés que le asistía. El reiterado incumplimiento de las resoluciones judiciales dirigidas a regular la convivencia del padre de su hija, en cuyo procedimiento si bien intervino el padre como acusación particular, no consta ni se alega la actuación de la Asociación recurrente, por lo que *“no se alcanza a entender cuál es el interés legítimo que contemplado en los estatutos de la Asociación le habilita a actuar en el caso de autos”*.

### III. PROYECTO DE REFORMA DE 2017

La institución está largamente contestada en nuestro país. No puede olvidarse, sin embargo, que no obstante ser un vestigio histórico, está admitida en Derecho Comparado. Francia, Alemania o Italia la tienen incorporada a sus ordenamientos, si bien las finalidades que persiguen son distintas. Para la doctrina alemana, el derecho de gracia tiene como finalidad la rehabilitación del condenado. Para la doctrina italiana, por el contrario, dos finalidades cumple esta prerrogativa: instrumento de uso político y ser un correctivo de la inflexibilidad de la ley. En España, la finalidad fundamental es impedir que la Ley penal quebrante el principio de proporcionalidad, operando como último instrumento de individualización de la pena cuando el marco legal del arbitrio judicial deviene insuficiente. En este sentido se pronuncia el art. 4.3 C. Penal: *“Del mismo modo acudirá al Gobierno [el juez o tribunal sentenciador] exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”*.

Cierto es que la supresión de la motivación por la Ley de 1988, se acomoda mal con un Estado de Derecho, en el que la transparencia y motivación de toda decisión, a fin de evitar todo atisbo de arbitrariedad, constituye uno de sus pilares, además de ser una ineludible exigencia de la sociedad, de ahí que sea necesario abordar una reforma en profundidad de la institución, con un texto de nuevo cuño, evitando las evidentes disfunciones interpretativas sólidamente apuntadas en el Voto Particular que ha quedado transcrito en lo esencial.

El 14 de febrero de 2017, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó la toma en consideración de la propuesta de modificación de la Ley de Indulto de 1870 (oportunidad perdida para su regulación “ex novo”), presentada por el Grupo Socialista.

En su Exposición de Motivos se enuncian como finalidades esenciales de la reforma –hubiera sido más deseable un Proyecto de nueva planta– la de dar una mayor capacidad de control a los Tribunales, evitar la arbitrariedad del Ejecutivo a través de la exigencia de motivación de la resolución, cumplir con la finalidad que la CE confiere a toda pena, la reinserción social. La reforma introduce exclusiones de carácter objetivo (a mi juicio innecesarias e incluso perturbadoras a esos fines de reinserción social), como son los delitos cometidos por una autoridad en el ejercicio de su función o cargo público, o prevaliéndose del mismo con la finalidad de obtener un beneficio económico para sí o tercero y los delitos relacionados con la violencia de género. Impone, so pena de nulidad, la obligación de motivar las decisiones de indulto, e incorpora, como una de las razones que han de concurrir a juicio del Tribunal para la concesión del indulto total, la reinserción social, contribuyendo así a hacer efectivo el mandato del art. 25.2 CE.