

ANÁLISIS (ESTRICTAMENTE JURÍDICO) DE UN INDULTO CONFLICTIVO: EL «CASO GÓMEZ DE LIAÑO» (1)

CÉSAR AGUADO RENEDO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONCRECIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS: CONTENIDOS DE LA CONDENA Y DEL ACTO DE GRACIA DEL INDULTO; LA SOLUCIÓN IDEAL *A PRIORI* Y LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA SOLUCIÓN REAL APLICADA.—3. EL PLANO DE LA LEGALIDAD: A).i) *El contenido de la pena de inhabilitación especial y su específica aplicación a Jueces: la distinción entre condición y empleo o cargo.* ii) *El alcance de la gracia en los efectos de la pena de inhabilitación.* B) *El control del indulto y la posibilidad de conflicto jurisdiccional.*—4. EL PLANO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: EL PROBLEMA DEL CONTROL DEL INDULTO.

1. INTRODUCCIÓN

La exposición que tiene lugar a continuación, versa sobre la muy singular situación jurídica que ha generado el beneficio del indulto al Juez Sr. Gómez de Liaño. Su interés jurídico deviene de diversas circunstancias que concurren en el caso (de las cuales no son seguramente secundarias la condición de

(1) Este trabajo tiene su origen en la encomienda a principios de año (bastante tiempo antes, pues, de que se produjeran importantes resoluciones sobre el caso, cuyas referencias se han ido añadiendo *a posteriori* al hilo de los razonamientos hechos con anterioridad) de una ponencia para el seminario periódico que sobre problemas actuales de Derecho constitucional preside el profesor F. RUBIO LLORENTE y organiza el profesor M. ARAGÓN REYES, encomienda que a su vez traía su razón de ser del estudio monográfico que el autor había realizado sobre la potestad de gracia en general y que acaba de aparecer justamente cuando se redacta esta nota bajo el título *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, 2001. Aunque verse sobre un notorio caso real, para cuya solución aún restan algunas vicisitudes, las reflexiones están hechas en y para una sede académica, perspectiva que no puede perderse de vista al leer estas páginas.

Juez del condenado primero e indultado después, ni el singular litigio originario en cuyo proceso el citado Juez cometió el delito que concluye la sentencia condenatoria); entre ellas, quizá la que más relevancia tiene desde la perspectiva jurídica, es la de que resulta la primera vez que se produce en este ámbito del ejercicio de la gracia, un conflicto entre el Gobierno y el Tribunal Supremo (TS) en relación al alcance del beneficio, con las características que el mismo ha adquirido, en particular en lo que a la demanda de intervención del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción se refiere. El mismo se convertirá en el *leading case* para eventuales supuestos similares que en el futuro pudieran surgir, marcando en consecuencia la pauta para su resolución.

Para tratar de analizar desde el plano estrictamente jurídico (2) tan singular situación, cabe comenzar recordando algo bien sabido: que en los sistemas de control constitucional concentrado es preciso iniciar el análisis de cualquier disposición o acto jurídico cuya validez se cuestione por su contraste con el plano de la legalidad y, una vez comprobada la legalidad de la norma o acto jurídico cuestionado puede, si se duda de su conformidad con la Constitución, procederse a su contraste con la norma constitucional, pues, siendo la conformidad legal de un acto o norma un indicio muy favorable en el examen de su conformidad constitucional, no implica, sin embargo, su automática constitucionalidad. En el presente caso el interés lo ha monopolizado el primero de los planos, el de la legalidad, cuya interpretación ha generado pareceres, más que distintos, opuestos sobre la corrección jurídica de este ejercicio de la gracia por el ejecutivo y de su verificación por el órgano sentenciador. No se ha planteado, salvo como argumento genérico en algunas colaboraciones periodísticas de constitucionalistas, el análisis de la conformidad con la Constitución del citado indulto, análisis que, a mi modesto juicio que adelanto desde ahora, no sólo en esta sede académica, sino en la práctica jurisdiccional, debería entenderse la cuestión última y capital, por decisiva. Pero como así se ha producido la polémica, respetaré tal orden, y haré referencia a este plano al final de la sesión, reservando la parte inicial y más amplia de ésta al análisis del plano en el que se ha centrado la discusión jurídica, que es, reitero, el de la legalidad.

(2) Quiere decirse con esta expresión: fuera de cualquier otro interés y de cualquier otra consideración; a ello hace referencia el paréntesis del título del trabajo.

2. CONCRECIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS: CONTENIDOS DE LA CONDENA
Y DEL ACTO DE GRACIA DEL INDULTADO; LA SOLUCIÓN IDEAL
A *PRIORI* Y LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA
LA SOLUCIÓN REAL APLICADA

Para tal análisis resulta imprescindible concretar ya los términos de la polémica, que trae causa directa del fallo de la Sentencia y del alcance del indulto sobre lo que aquél dispone. El fallo de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1999, condena al procesado, en lo que aquí interesa, además de a una pena de multa (de dieciocho meses a razón de 1000 pesetas diarias), a «... la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por quince años, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o funciones jurisdiccionales fuera del mismo...».

Tanto por su significado aclaratorio como porque sirve de marco para centrar la cuestión, procedo a exponer lo que entiendo hubiera sido la solución ideal a este caso, es decir, la que se hubiere mantenido dentro de la práctica habitual de este tipo de supuestos y, por ello, hubiera evitado el conflicto final aludido que se ha producido entre el órgano indultador (el Gobierno) y el aplicador del indulto (Tribunal sentenciador, en este caso, el Supremo).

Con este contenido de la Sentencia condenatoria, la intención del Gobierno de indultar al afectado hubiera debido limitarse, sin duda, a indultar —total o parcialmente, según su criterio y sin perjuicio alguno de lo que diré en el último epígrafe de este análisis— la pena de inhabilitación especial impuesta al beneficiado, sin añadir un adarme. El TS, en su calidad de órgano sentenciador, hubiera debido entonces haberse limitado a aplicar el indulto con el contenido propuesto, previa comprobación de que ninguno de los elementos susceptibles de verificación por él según la Ley de Indulto se hubiese incumplido (hipótesis imposible limitándose el Real Decreto al contenido antes indicado). Los eventuales problemas interpretativos que hubieran podido surgir a raíz del diferente alcance del beneficio habrían tenido entonces como protagonistas en momentos posteriores al Gobierno que lo ha concedido, a los órganos afectados por el mismo y al beneficiado, quien, una vez publicado el Real Decreto (RD) de indulto, y en tanto éste no fuere impugnado, posee título para esgrimir las pretensiones que, a su juicio, se deduzcan del mismo. Así, si en el presente caso, el indultado de la pena de inhabilitación especial considerase que el perdón comporta su reintegro inmediato a la Carrera Judicial, lo hubiera instado del órgano correspondiente, el Consejo Ge-

neral del Poder Judicial (CGPJ), y si éste hubiera entendido que no cabe tal reintegro automático hubiera procedido a denegarle motivadamente el mismo, lo que a su vez hubiera conllevado la posibilidad del indultado de recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa tal decisión y, en su caso, agotada esta vía, acudir al Tribunal Constitucional (TC) en amparo con el apoyo del Gobierno (apoyo procesal o como órgano informador) si éste entendiera que el alcance del indulto es el que el beneficiario interpreta. Y ello porque el objeto o fin de la potestad de gracia del indulto no es afirmar el poder ejecutivo frente al judicial, sino beneficiar jurídicamente a un individuo por la razón que el Gobierno considere (*vid. infra*, reitero, en el epígrafe final de este trabajo, lo que respecto a esto último se comenta).

El Gobierno, sin embargo y como es notorio, no hizo esto, sino que emanando el Real Decreto 2392/2000, de 1 de diciembre (*BOE* del 21), por el que se ejerce la gracia sobre el condenado, le indulta de «... la pena de inhabilitación especial, con todas sus consecuencias, lo que supone el reintegro a la Carrera Judicial, manteniéndose, sin embargo, la incapacidad para desempeñar cargo en la Audiencia Nacional o en cualquier Juzgado de la misma, durante el plazo de veinticinco años desde la publicación del presente Real Decreto...».

Con este contenido, no se tratará aquí de lo que, a mi entender, no constituyen cuestiones problemáticas, a saber:

a) no es problemático el indulto del delito de prevaricación, sea cometido por un funcionario administrativo o, como en el caso que nos ocupa, por un Juez (que —como se dirá de inmediato— tiene una muy singular condición que le diferencia del funcionario típico, en el que es evidente que está pensando el legislador, o más en general el poder normativo, cuando regula las circunstancias con tal delito relacionadas): el art. 1.º de la Ley de Indulto de 1870 (LI), comienza especificando que son susceptibles de ser indultados «Los reos de toda clase de delitos...», esto es, de todos los ilícitos penales tipificados como tales sin excepción;

b) tampoco es problemático el alcance del indulto a «las penas de inhabilitación para cargos públicos», expresamente previstas como indultables por el art. 6º LI, sin distinguir que las mismas se apliquen a unos sujetos o a otros (p. ej., a Jueces o a funcionarios administrativos), con la condición de que se haga en la concesión del indulto expresa mención de que las abarca (que es justamente lo que sucede con el RD de indulto objeto aquí de análisis);

c) y, en fin, tampoco me parece cuestión debatible que el RD de indulto se extralimita cuando dispone la imposibilidad de que el indultado acceda a la Audiencia Nacional, no ya durante el plazo que determina la condena, sino durante otro sensiblemente distinto; no me parece debatible, digo, porque invade

con claridad la competencia del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) especificada en el art. 107.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (materia de «provisión de destinos»), competencia que es inescindible de la cualidad de independiente de tal Poder, de suerte que una determinación por el Gobierno de dónde no debe —y, por reflejo entonces, de dónde debe (3)— ejercer un Juez o Magistrado, estaría contraviniendo la independencia del Juez indultado en particular y del Poder Judicial en general. No cabe la interpretación, ni siquiera forzada, de entender esta especificación del contenido del indulto como una conmutación de la pena, algo que ciertamente permite la LI, pero siempre que, entre otros varios requisitos, medie el parecer favorable del Tribunal sentenciador, el cual además ha de concluir que a su juicio hay «suficientes méritos para ello» (art. 12); y ello claramente, a la vista de los antecedentes (esto es, del informe negativo del TS para el perdón del condenado: Auto de 18 de octubre de 1999), no ocurre aquí. La Constitución española (CE) dispone el ejercicio de la potestad de gracia, en el art. 62.i), «con arreglo a la ley», y no constituyendo esta remisión al legislador una reserva de ley clásica, y menos aún una reserva de ley nominal, «la ley» a la que se refiere el precepto constitucional citado no es sólo, evidentemente, la LI o el Código Penal (CP), sino también la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); todo lo que tiene que ver con la Carrera Judicial corresponde, según esta Ley Orgánica, al CGPJ, quedando del todo excluido el Gobierno (4).

Soslayados, pues, los extremos vistos, la cuestión problemática en el caso que nos ocupa queda reducida al alcance de la gracia respecto de «... la pena de inhabilitación especial, con todas sus consecuencias, lo que supone el reintegro a la Carrera Judicial...», cuestión que se desdobra en dos:

- el contenido de la pena de inhabilitación especial (art. 42 CP) y, a su vez, dentro de ello, cabe subdistinguir, por lo que al caso concreto se refiere, la pena de inhabilitación especial aplicada a Jueces y Magistrados.
- el alcance del beneficio del indulto respecto a la misma.

(3) Se ve bien claro lo que se quiere decir si se opera con la hipótesis de que el RD de indulto, además de prohibir el ejercicio del Magistrado objeto del mismo en la Audiencia Nacional, le prohibiera también acceder al Tribunal Supremo y a la jurisdicción penal en general, de manera que si carece de la formación específica requerida para los órdenes contencioso-administrativo y social, quedaría un único orden donde el beneficiado pudiera ejercer; o sea: por exclusión el Gobierno estaría determinando el concreto destino del Juez indultado.

(4) De hecho, este es el sentido más apropiado que, como se dirá en su momento, ha de darse al segundo inciso del último fallo sobre esta cuestión, el del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

3. EN EL PLANO DE LA LEGALIDAD

A.i) *El contenido de la pena de inhabilitación especial y su específica aplicación a Jueces. La distinción entre «condición» y «empleo» o «cargo»*

La regulación del estatuto de los Jueces y Magistrados por su Ley orgánica, responde a una reserva nominal (STC 60/1986), directa y específica de la Constitución en su art. 122.1: «La ley orgánica del poder judicial determinará... el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados...», estatuto que prevé en sus aspectos más relevantes la propia Constitución como es sabido, al calificar a los Jueces como «... independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» en el art. 117.1, ubicación a su vez significativa al abrir el Título dedicado al Poder Judicial. Sin necesidad de adentrarse ahora en el análisis detallado de todas las implicaciones que comportan tan trascendentales calificativos aplicados a los titulares de un poder, sobre lo cual hay bastante escrito, es evidente la imbricación de las tres cualidades entre sí, y en particular es evidente que la independencia estriba en gran medida en la inamovilidad, esto es, en la garantía de que no serán removidos (salvo, naturalmente, en los casos previstos en la ley), y que la inamovilidad está a su vez estrechamente relacionada con la exigencia de responsabilidad... sobre todo, claro está, de orden penal, en cuanto ésta conlleve la imposibilidad de ejercer sus funciones.

Con esta premisa, ha de reseñarse al respecto, en primer lugar, que la independencia judicial es garantizada por la LOPJ en el Tít. II del Libro IV (así justamente intitulado: *De la independencia judicial*), regulando en primer lugar, y con cierto detalle, precisamente «(De) la inamovilidad de los Jueces y Magistrados» (Cap. I de dicho Tít. II: arts. 378 a 388) (5).

Por lo que a la responsabilidad concierne, la LOPJ comienza disponiendo *expressis verbis* que «La responsabilidad penal de Jueces y Magistrados por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo se exigirá conforme a lo dispuesto en esta ley» (art. 405). Ahora bien, en la media docena de artículos que componen el Capítulo que regula este tipo de responsabilidad (6), apenas dispone algunos aspectos referidos a la instancia de tal modo de res-

(5) La regulación de la independencia se completa con la de las incompatibilidades y prohibiciones, la inmunidad, la independencia económica e, incluso, el régimen de asociación profesional, cuestiones todas ellas que ocupan sendos Capítulos del mencionado Título. La responsabilidad (penal, civil y disciplinaria) ocupa el Título siguiente del mismo Libro IV.

(6) De los cuales el último de ellos —que establecía el llamado «antejuicio»— ha sido derogado.

ponsabilidad (entre ellos resulta reseñable que establece una acción popular al respecto), de donde ha de deducirse que, salvo lo que en otros lugares de la propia LOPJ tenga algo que ver con esta responsabilidad penal de los Jueces, todo lo demás deberá regirse por la ley penal común. Ello tiene, en el caso que nos ocupa, su trascendencia, como se verá en su momento.

Como es propio, la determinación de las conductas delictivas y de las sanciones que llevan las mismas aparejadas se hace en el Código Penal. En lo que aquí interesa ahora, el contenido de la condena de inhabilitación especial por el delito de prevaricación del que se halló culpable al Sr. Gómez de Liaño, se determina en su art. 42: éste especifica que tal pena «... produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce además la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos y cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación».

A la vista del conjunto de preceptos de la LOPJ y del CP que se acaban de citar, surge de inmediato una primera y fundamental cuestión, por cuanto se proyecta directamente sobre el contenido específico del indulto en el inciso que determina «... el reintegro a la Carrera Judicial...» del beneficiado, lo que implica, como es obvio, entender que el mismo ha sido excluido de tal Carrera, esto es, que ha dejado de ser Juez. Este entendimiento es, por lo demás, el que se ha generalizado, y en todo caso es, desde el punto de vista práctico, el que se ha impuesto, además de en el Gobierno según el inciso transcrito del Real Decreto, también en la Sala Penal de TS (en la mayoría que redactó el Auto de aplicación del indulto antecitado, de 18 de enero de 2001 —a partir de ahora citaremos este Auto, por defecto, como ATS, si no se especifica otra fecha distinta cuando aludamos a algún Auto del mismo Tribunal—, y también en el Magistrado que expone su Voto Particular al mismo), como en el CGPJ según se deduce bien de su respuesta a la solicitud del indultado sobre el Acuerdo de dicho Consejo en el que se dispondría la expulsión de la Carrera Judicial (cfr. *infra* respecto de este Acuerdo).

Pese a tan generalizada interpretación, a mi modesto parecer, y siempre atendiendo a lo que específicamente disponen las leyes aplicables al caso —entendiendo por esto no sólo la interpretación literal de las mismas, sino también la voluntad del legislador que redactó los preceptos—, resulta no sólo dudoso que el Juez en cuestión se haya visto excluido de la Carrera Judicial, sino incluso que más bien resulta claro que no ha dejado de ser Juez en ningún momento y que, por ende, el RD de indulto es superfluo en este aspecto, que es el que, junto a lo que luego se dirá, y en íntima relación con el mismo, resulta haber suscitado más polémica (mientras que no se han suscitado cuestiones propias del caso, como al final se dirá, en verdad más esenciales).

Este parecer parte de la distinción de la noción de «condición» respecto de las de «empleo» o «cargo», sea cual sea lo que se entienda por ellas (7): éstas últimas son las que, como hemos visto, utiliza el CP a la hora de enunciar el contenido de la pena de inhabilitación, que es la que aquí interesa. Tal distinción entre «condición», «empleo» y «cargo» se aprecia meridianamente en la aludida regulación que, para garantizar la independencia judicial, lleva a cabo la LOPJ. En efecto, en el Capítulo dedicado a regular la inamovilidad de los Jueces, sólo utiliza el término «condición» y nada más que éste: así, entre otras cosas, determina las causas de la pérdida de la «condición de Jueces o Magistrados» (art. 379); no emplea nunca el legislador en dicho Capítulo los términos de «empleo» o de «cargo» (p. ej., para aludir a la pérdida de uno u otro referido al carácter de Juez o Magistrado). Por el contrario, en el Capítulo inmediatamente siguiente, omite cuidadosamente, esto es, no emplea nunca, el término «condición», mientras que usa con profusión los de «empleo» y «cargo» a la hora de regular las incompatibilidades y prohibiciones, cuestiones ambas que nada tienen que ver con las causas por las que el legislador prevé que quien viene ostentando la cualidad de Juez la pierda. La utilización en exclusiva del término «condición» para referirse a la inamovilidad de los Jueces, sin que se deslicen nunca los de «empleo» o «cargo», y viceversa, el uso de éstos al tratar de las incompatibilidades y prohibiciones soslayando siempre el de «condición», no puede reputarse, en mi humilde opinión, algo simplemente casual, sino, al contrario, notoriamente deliberado por parte del legislador que regula monográficamente, en la Ley a la que la CE se remite, el estatuto de los Jueces y Magistrados.

No es esto, obviamente, lo que ha entendido el TS que, previo informe del

(7) Los diccionarios habituales (de la Real Academia, Moliner o Casares) apenas aclaran algo al respecto, pero parece bastante claro que cuando hablamos de «condición» aplicándola a un individuo nos referimos a la índole o a la naturaleza del mismo (por ejemplo, funcionario), a algo, en definitiva, que va más allá del «empleo», término este por el que de forma generalizada solemos entender la realización de una actividad profesional remunerada pública o privada, y, desde luego, bastante más allá del «cargo», que identificamos de habitual ya con el desempeño de una responsabilidad específica a la que acompaña una determinada jerarquía, mayor o menor (v. gr.: director general), ya con una determinada función (así, por ejemplo, un cargo representativo). Son tres nociones, pues, perfectamente distinguibles y que, además, como se comprende sin demasiada dificultad, no necesariamente han de darse de manera acumulada: así, hay en nuestro sistema miles de personas que ejercen un empleo público, puesto que trabajan para la Administración, pero que no son funcionarios (todo el personal laboral al servicio de las distintas Administraciones), o que tienen un cargo representativo (por ejemplo, los concejales) sin ejercer de funcionarios. Como se indica a continuación, si tal distinción puede resultar menos evidente en algunos casos (quizá el más paradigmático en este sentido sea el caso de los militares de carrera), es en cambio manifiesta en el supuesto de los Jueces y Magistrados, tanto formal como materialmente, por lo que se razona a continuación.

CGJP comunicando la separación definitiva del cargo, en su preceptivo dictamen sobre el indulto acuerda «tener por ejecutada la pena de inhabilitación en lo concerniente a la privación definitiva *del cargo* y la consiguiente pérdida por el condenado *de su condición* de Magistrado» (Motivo Segundo.2: cursivas mías). Al menos a partir de tal dictamen en su correspondiente forma de Auto (Auto de 24 de noviembre de 1999), en que se tiene por cumplida la pena respecto de lo que a la privación definitiva del cargo se refiere, tanto la mayoría como la minoría de los componentes de la Sala de lo Penal del TS (en Sala General), transmutan en sus razonamientos «cargo» o «empleo» en «condición», sin que aparezca alusión alguna a la distinción entre tales nociones que parece inferirse con perfecta claridad en su propia Ley Orgánica reguladora, según se acaba de argumentar (8).

Sin embargo, la distinción entre tales nociones va más allá de la mera semántica, y tiene un importante sentido material, desde el momento en que revela un carácter esencial de los Jueces y Magistrados. Así es, con independencia de que en el ámbito general de la Administración no exista tal diferenciación legal entre los términos citados (9), como tampoco en el militar (10), en el caso de los Jueces y Magistrados la misma se revela no ya simplemente coherente, sino imprescindible, entiendo, puesto que los mismos poseen una «condición» que no posee ningún otro cargo o empleado público, a saber: *encarnan*, todos y cada uno de ellos, un poder del Estado, el Judicial; no es que *ejercen* tal poder, sino que *son* el mismo (11). La conclusión ha de ser, pues,

(8) Por lo demás, y dicho sea de paso, la llamada «Sala General» no constituye órgano de ningún tipo del Tribunal Supremo: la influencia de su parecer es «material», por así decir, pero no formal, esto es, deriva de que expresa el estado de opinión que sobre un asunto controvertido tienen los miembros de la Sala, reflejando las mayorías y las minorías sobre las posibles soluciones al mismo, pero sin que tal resultado obligue a los integrantes de la Sección que hayan de resolverlo, que podrían atender igualmente, pongamos por caso, si les convenciera más los argumentos, a la opinión que sobre el mismo asunto expresara un conjunto de notables abogados de prestigio o de profesores universitarios de Derecho. Cosa muy distinta es que el conjunto de todos los Magistrados que forman una Sala sean llamados a administrar justicia, posibilidad que prevé, como excepción, el art. 197 LOPJ.

(9) El art. 37.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 [en su redacción actual debida a la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales y Administrativas, redacción que, más que innovar, sistematiza la del anterior art. 37.1.d) del mismo cuerpo legal] dispone que «... se pierde la *condición* de funcionario cuando recaiga pena principal o accesoria de inhabilitación especial en el ejercicio de las funciones correspondientes al puesto de trabajo o empleo relacionado con esta condición, especificado en la sentencia».

(10) Pues la condena de los militares profesionales que conlleve la pena de pérdida de empleo produce la baja en las Fuerzas Armadas, y se especifica —con toda lógica— que la misma «es de carácter permanente» (art. 30 CP Militar).

(11) Evidentemente, no sucede así con los miembros del Legislativo ni con los del Ejecutivo, puesto que uno y otro son, respectivamente, el conjunto de todos los parlamentarios y de to-

que un Juez sólo puede resultar afectado en su inamovilidad, que directamente le garantiza la CE, esto es, sólo puede ser removido de su condición de tal, de acuerdo con lo que determine su «estatuto jurídico», regulado, por expresa remisión constitucional (art. 122.1 CE), en la LOPJ. Desde la perspectiva del Derecho penal general parece que ello ha de comportar que el régimen general penal en materia de inhabilitación de profesión u oficio se ve modulado de manera capital cuando de Jueces o Magistrados se trata (12).

Efectivamente, la LOPJ prevé, como se ha dicho, las causas de la pérdida de la «condición» de Juez o Magistrado en su art. 379, causas que siempre habrían de entenderse taxativas, dado su carácter gravoso, pero mucho más tratándose de Jueces y Magistrados. Entre ellas se encontraba en su redacción original —como recuerda el Voto Particular al ATS— el haber sido condenado a la pena de inhabilitación (13). Ahora bien, entre todas las causas de pérdida de la condición de Juez, esta fue la única modificada en la reforma de dicho cuerpo legal operada por la LO 16/1994, que cambió su contenido por el de la pena de privativa de libertad por razón de delito doloso (y aun con la posibilidad, en algún caso, de que tal pérdida de la condición de Juez sea sustituida por otra) (14). Más aún: mientras la redacción original no preveía posibilidad de

dos los miembros del Consejo de Ministros, y no cada uno de ellos (ni siquiera lo es el Presidente del Gobierno, pese a que, con nuestra regulación constitucional de este órgano, es sin ninguna duda «su», y nada más que «su», Gobierno; como es de sobra conocido, sin embargo, el Presidente no puede ejercer por sí solo ninguna de las funciones encomendadas al órgano ejecutivo colegiado como tal: aprobar Decretos-ley, ejercer la iniciativa legislativa, etc.).

(12) Tal régimen no es privativo de los Jueces ordinarios, sino, también, y cronológicamente anterior (y no es improbable que algo haya tenido que ver en la regulación vista), de los Magistrados del Tribunal Constitucional: el art. 165 CE remite igualmente a la Ley Orgánica reguladora de éste, entre otras cosas, su estatuto y, en consecuencia, el art. 22 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, determina que tales Magistrados «... serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos *sino por alguna de las causas que esta Ley establece*».

(13) El art. 379 LOPJ disponía desde 1985 hasta 1994: «La condición de Jueces o Magistrados se perderá por las siguientes causas: *d*) Por imposición de pena principal o accesoria de separación del cargo judicial, *inhabilitación especial o absoluta para cargo público*. Los Tribunales que dictaren estas sentencias remitirán testimonio de ellas al Consejo General del Poder Judicial, una vez que hubieren ganado firmeza».

(14) Literalmente dispone hoy el mencionado precepto que los Jueces y Magistrados pierden su condición: «*d*) Por la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso. En los casos en los que la pena no fuera superior a seis meses, el Consejo General del Poder Judicial, de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito cometido, podrá sustituir la pérdida de la condición de Magistrado o Juez por la sanción prevista en el art. 420.1 *d*)». La cuestión es llamativa, porque la propia LOPJ prevé la «separación» de la Carrera Judicial como la más grave sanción disciplinaria, esto es, por una falta (no por un delito) muy grave cometida en el ejercicio de sus funciones por el Juez o Magistrado (art. 420 y, en conexión con éste, art. 379). Sin duda pare-

rehabilitación del Juez o Magistrado cuando hubiere incurrido en esta causa, sí la prevé tras la mencionada reforma para el caso que ha quedado comprendido en el mismo lugar del precepto, es decir, para la pérdida de la condición por pena privativa de libertad en razón de un delito doloso (art. 380 LOPJ). Con independencia del juicio que pueda merecer tal reforma y, aún más, con independencia de la *voluntas legislatoris* al aprobar la regulación actualmente vigente, no parece que quepa demasiada duda de que ha incorporado un régimen más benévolo en relación con el estatuto de los Jueces respecto de la versión original de la LOPJ, régimen que, en lo que ahora importa, se traduce en que la pena de inhabilitación de un Juez no implica la pérdida de su «condición», esto es, no implica que deje de ser Juez (15).

ce una paradoja que pueda separarse, es decir, excluir de la carrera, a un Juez por una falta muy grave y no por una acción que, aun no conllevando pena privativa de libertad, constituya un delito, pero este es el régimen que dispone la citada LOPJ.

(15) Así es, diríase que la voluntad del Gobierno al ejercer la iniciativa legislativa en esta reforma de la LOPJ fue justamente la contraria, la de endurecer el régimen de la pérdida de la condición de Juez o Magistrado, pues en el Proyecto de Ley se disponía que perdería la misma si resultaba condenado a pena privativa de libertad por un delito doloso, cometido *o no* en el ejercicio de la función judicial, eso sí, previendo la posibilidad —antes inexistente— de rehabilitación por el CGPJ una vez obtenida la rehabilitación penal (Art. Quinto.uno del Proyecto: *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 45-1, 4 de enero de 1994). Hasta la reforma, la causa de pérdida de la condición era la «imposición de pena principal o accesoria de separación del cargo judicial, inhabilitación especial o absoluta para cargo público», lo que, salvo para aquellos delitos que conllevasen penas de reclusión menor, de extrañamiento o de confinamiento, a las cuales se aparejaba la inhabilitación absoluta (art. 46 CP anterior), venía a circunscribir de facto la pérdida de la condición de Juez a las acciones delictivas cometidas en el ejercicio de la propia función judicial. El Proyecto de Ley explicaba en su Preámbulo (apdo. V) que debía resultar indiferente que el delito cometido por el Juez lo fuera en el ejercicio de su función o no, toda vez que, habiendo sido cometido dolosamente, ello tendría «un significado especial... puesto que evidencia su incapacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional mientras no obtenga la rehabilitación...»; a cambio, por así decir, establecía el Proyecto un mínimo a partir del cual se aplicaba la pena de la pérdida de la condición de Magistrado (seis meses de privación de libertad) y, como se ha dicho antes, se añadía esta causa a las que permitían al CGPJ proceder a la rehabilitación de los Jueces y Magistrados que hubieran perdido su condición (art. 380 LOPJ).

A esta redacción señalada se presentó una enmienda (núm. 293: Sr. Olarte, de Coalición Canaria) que instaba la supresión del mínimo de seis meses en la pena de privación de libertad por delito doloso para que el Juez pudiese ser privado de su condición, dada la posibilidad de rehabilitación que se introducía (*BOCG*, Congreso, Serie A, núm. 45-5, de 24 de febrero de 1994). Por su parte, el representante del Grupo Parlamentario Popular, Sr. Padilla Carballada, propugnó la *permanencia en el precepto de la especificación de la pérdida de la condición de Juez por la inhabilitación especial o absoluta* (como hasta el momento venía acaeciendo), dadas las dudas que él había tenido ocasión de comprobar que producía la inespecificación de tal contenido incluso «en otras carreras del Estado» (*BOCG*, Congreso, Comisiones, núm. 213, de 24 de mayo de 1994,

Por lo demás, el mismo artículo que señala las causas de pérdida de la condición de Juez, señala también que para la mayor parte de ellas (entre las que se encontraba antes la inhabilitación y hoy la que ocupa su lugar) ha de tener lugar un expediente con necesaria intervención del Ministerio Fiscal que —se sobrentiende— ha de resolver el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) como órgano que es de gobierno del Poder Judicial y como garante de la independencia de sus componentes (art. 379.2). Tal procedimiento tampoco habría tenido lugar en el caso que nos ocupa, como recuerda con meridiana claridad el Antecedente de Hecho Quinto de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2001 (16), aunque tampoco este Tribunal otorgue relevancia a esta circunstancia en razón —parece— de la firmeza del Auto del Tribunal Supremo que declaró ejecutada la pena de inhabilitación (17).

Pero lo cierto es, sin embargo, que con la ausencia de un procedimiento ante el CGPJ que tuviera por objeto la privación de su condición, se le hurtó al afectado la posibilidad de ser oído y, en todo caso, de discutir la decisión, tras denegarle la suspensión de la ejecución de la sentencia solicitada precisamente con el fin de evitar la pérdida de dicha condición, como recuerda el Voto Particular al ATS y como la propia Sentencia del Tribunal de Conflictos se ocupa de subrayar (dedicando a tal contradicción el grueso del Fundamento Jurídico

pág. 6521). El resultado final de la reforma de este precepto es que triunfa la enmienda vista de Coalición Canaria, pero no la del Grupo Popular, y que el Proyecto aprobado por el Congreso pasa al Senado con la redacción que en este precepto sería la final bajo la numeración de Artículo Sexto. Uno, redacción que —salvo inadvertencia nuestra— no será ya objeto de discusión.

(16) Efectivamente, recuerda el Tribunal de Conflictos que «Consta en la tramitación de dicho recurso [de súplica contra el citado ATS] una certificación del Secretario General del Poder Judicial, en la que se consigna que *la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no se dirigió al Consejo «para que acordara lo procedente respecto a la pérdida de la condición de Magistrado» del Sr. Gómez de Liaño y Botella*, sino que remitió el testimonio del Auto de 18 de octubre de 1999 «para la ejecución de la sentencia dictada en la Causa Especial.

En la misma certificación se hace constar que no existe acuerdo alguno disponiendo la remisión al BOE de resolución de la separación de la Carrera Judicial con respecto a dicho señor, y que *en el Consejo no se ha sometido a decisión acuerdo ni informe alguno referido a la pérdida definitiva del cargo ni de la condición de Magistrado del mismo*; si bien sí se han remitido al Tribunal Supremo las comunicaciones de constancia y anotación en su expediente personal de los diferentes acuerdos y resoluciones recaídos en la causa».

(17) El Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia de dicho Tribunal de Conflictos concluye como consecuencia del Auto firme de 24 de noviembre de 1999, en el que el TS declara «tener por ejecutada la pena de inhabilitación en lo concerniente a la pérdida del cargo y la consiguiente pérdida de la condición de Magistrado del condenado», que «no cabe poner en duda el efectivo alcance de la decisión adoptada con respecto a la pérdida de miembro de la carrera judicial del condenado, que aparece incluso reconocido en el RD cuestionado, cuando provee expresamente el “reintegro” a la misma del beneficiario del indulto».

Quinto). Ciertamente, como señala el ATS de aplicación del indulto (Motivo Segundo.4), la declaración por el propio Tribunal Supremo en el Auto de 24 de noviembre de 1999 de que la privación definitiva del empleo o cargo se entendía cumplida, no fue recurrida ni por el interesado ni por Ministerio Fiscal, deviniendo entonces en resolución firme. Pero la cuestión no está, a mi modesto juicio y frente a lo que afirma el citado ATS, en que «El Real Decreto de Indulto, como es obvio, no puede modificar una resolución judicial firme sobre el cumplimiento de penas impuestas en una sentencia judicial»; la cuestión estriba más bien en si una resolución judicial puede tener efectos que la ley no le asigna: en este caso concreto la cuestión es si un Auto puede innovar lo que dispone el ordenamiento haciendo perder a un Juez su «condición» cuando la Sentencia sólo le priva específicamente «del cargo que ostenta(ba)», cuando el CP «sólo» prevé como parte de la pena a la que ha sido condenado la pérdida de su «empleo o cargo», no de su «condición» y, en fin y por último, cuando para la pérdida de ésta se hace necesario por la LOPJ —a la que le está reservado todo lo referido al estatuto de los Jueces— la formación de un expediente por el CGPJ (18).

(18) La gran trascendencia de la intervención del órgano de gobierno del Poder Judicial en la remoción de la condición de Jueces y Magistrados, se deduce bien de la posibilidad, ya antes aludida, que al mismo otorga la Ley en caso de que la causa de la pérdida sea «... la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso», pues «en los casos en que la pena no fuera superior a seis meses, el Consejo General del Poder Judicial, atendiendo a la entidad del delito cometido, podrá sustituir la pérdida de la condición de Magistrado o Juez por la sanción...» de suspensión hasta tres años [art. 379.1.d) en relación con el 420.1.d)]. Esto es, dicho de otra forma, la Ley otorga al CGPJ en tal supuesto (el que ocupa el precepto que en la redacción original de la LOPJ ocupaba la pena de inhabilitación y, en todo caso, la causa que más se asemeja a la que ha originado el conflicto de que aquí se trata) nada menos que la posibilidad de conmutar la pena impuesta por el Tribunal Supremo; no parece, pues, la intervención del órgano encargado de velar por la independencia de Jueces y Magistrados y, por ende, de su inamovilidad, una intervención meramente simbólica y un acto puramente «debido».

Este régimen, por lo demás, no es único de los componentes de los órganos jurisdiccionales ordinarios: sucede lo mismo en el caso del Tribunal Constitucional, cuya Ley Orgánica reguladora determina que, caso de que un Magistrado haya «... sido declarado responsable civilmente por dolo o condenado por delito culposo o culpa grave», su cese o la vacante en su cargo habrá de decidirlo el Tribunal en Pleno por mayoría de las tres cuartas partes de sus miembros (art. 23.1 y 2). Y es que no parece haber otra solución para garantizar la total independencia del órgano constitucional del que se predique (independencia que también ha de jugar respecto del Poder Judicial, que no deja de ser un Poder con sus propios intereses —especialmente visibles en algunas ocasiones frente al Tribunal Constitucional, como es bien sabido—), que la de confiar al encargado de velar por tal independencia, si no el control, al menos la materialización de la pérdida de la condición o el cese en el empleo o cargo de sus miembros.

La interpretación que ha de darse al distinto régimen de los órganos jurisdiccionales respecto

La conclusión de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra, como ya adelantaba, que el Juez en cuestión no ha sido privado de su «condición», contra lo que da por supuesto el RD de indulto, contra lo que entienden los Magistrados del TS (Auto que se acaba de citar) y, en fin, contra lo que también concluye la Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales (TCJ) (Fundamento de Derecho Quinto). Y si no ha perdido su condición, y por ello no ha podido ser separado de la Carrera Judicial, tampoco es precisa la rehabilitación del CGPJ para que el condenado reingrese en la misma, puesto que no llegó a salir de ella.

La pregunta que a continuación surge es: ¿cómo afecta al ahora beneficiado por la gracia, entonces, la pena de inhabilitación a la que ha sido condenado? La respuesta aparece, en principio, clara: impidiéndole el ejercicio de las funciones propias de su «empleo» o «cargo». Digo en principio porque, si se recuerda, la Sentencia condenatoria sólo hace referencia específica a la «pérdida definitiva *del cargo que ostenta*», sin mencionar el empleo; a la privación del empleo o cargo se refiere genéricamente como contenido de la pena de inhabilitación, pero no de modo específico respecto del condenado. Si se concibe «empleo» y «cargo» como nociones distintas, como no parece difícil entender, la pena especificada parece que implicaría sólo la imposibilidad de seguir en el cargo concreto que hasta el momento venía ocupando (en la Audiencia Nacional), pero no el ejercicio de las funciones jurisdiccionales en otros destinos. Sin embargo, para no complicar aún más las cosas y a efectos de este análisis en sede académica, entenderemos, como se entiende de forma generalizada, que la condena abarca tanto el empleo como el cargo.

A.ii) *El alcance de la gracia en los efectos de la pena de inhabilitación*

El problema se concreta, por tanto, en el alcance temporal del beneficio de la gracia, es decir, en su proyección sobre la pérdida «definitiva» del empleo o cargo y en el tiempo durante el que imposibilita la Sentencia condenatoria poder ac-

del de los funcionarios civiles en lo que a la materialización de la pérdida de su condición se refiere, régimen consistente en el primer caso en que la sentencia penal que conlleva la misma no opera automáticamente, sino que requiere ser «materializada» por el órgano correspondiente (CGPJ en el supuesto de los Jueces y Magistrados ordinarios, Pleno del Tribunal Constitucional en el caso de Magistrados de éste), mientras que en el segundo caso sí opera *ipso facto*, es —si no estoy errado— que la remisión constitucional de la regulación del estatuto jurídico de los componentes de los órganos jurisdiccionales a sus respectivas Leyes Orgánicas reguladoras, hace que constituyan derecho especial respecto del derecho común que para los funcionarios civiles se plasma en el CP y legislación concordante de las Administraciones.

ceder de nuevo a ellos. Lo primero se ha convertido en la cuestión principal sobre la que se ha centrado la discrepancia tanto en el seno del órgano sentenciador como en la Sala General de lo Penal del TS (19). Para la mayoría, como han reflejado los medios de comunicación, lo que el art. 42 CP determina como «... privación *definitiva* del empleo o cargo sobre el que recayere...» y que venía desempeñando el condenado, supone la pérdida indefectible de tal empleo o cargo, entendiendo por tal la pérdida que requiere cumplimentar nuevamente los requisitos que sean precisos según la ley para poder acceder otra vez al ejercicio de las funciones inherentes a aquellos (una nueva oposición, un nuevo concurso, etc.); y ello, por supuesto, una vez transcurrido el tiempo que la Sentencia especifique para ello. El indulto —de acuerdo con este parecer mayoritario en dicha Sala General— no alcanzaría a la restitución del empleo o cargo, pues éste se perdió de forma «definitiva» en el instante mismo en que se ejecutó la Sentencia. Al resultar ya cumplida en tal efecto la pena, devendría en esa misma medida imposible de constituir objeto del beneficio de la gracia en virtud de lo que la LI establece en su art. 4.º, a saber: que sólo cabe indultar las penas que, en todo o en parte, «todavía no hubiese cumplido el delincuente». En los propios términos del ATS aplicador del indulto, «Según su sentido gramatical lo definitivo equivale a firme e irrevocable, y es lo contrario a lo temporal, lo provisional o lo condicionado» (Motivo Segundo), citando un precedente en tal sentido, el de la STS de 25 de abril de 1988, por la que perdieron su condición de militares los implicados en el intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. En consecuencia, la parte dispositiva del ATS que aplica el indulto para nada se refiere a la reintegración a la Carrera Judicial (términos que no cita en ningún momento) del indultado, sino solamente a la «parte de la pena» que «le incapacitaba para obtener la condición de Juez u otros cargos o empleos o análogos» hasta que se cumpliese el plazo marcado para ello inicialmente en la Sentencia. También para el autor del Voto Particular al citado Auto (20) resulta así (21).

(19) Cfr. *ut supra*, el comentario sobre la inexistencia «jurídica» de este tipo de Sala.

(20) Que no debe reputarse único sostenedor de los argumentos en él vertidos, pues, como se indica en la introducción del mismo, sintetiza los argumentos de la minoría de la Sala General expuestos en su momento.

(21) La diferencia con lo que sostiene la mayoría de la Sala estriba en que, frente a ellos, entiende que el alcance del indulto abarca también las penas cumplidas, siempre, claro está, que no sean irreversibles (como sucede con la privación de libertad o con la muerte); y no es irreversible la pérdida de la condición de Juez del indultado con motivo de la pena de inhabilitación especial, pues la medida de gracia prevé la reincorporación del indultado a su carrera. Lo que importa en este momento del análisis, sin embargo, es lo que se dice en el texto principal, o sea, que comparte la idea de que la pena de inhabilitación se ejecuta en toda su extensión en el instante mismo en que se determina la ejecución de la sentencia.

En mi modesto sentir, esta interpretación tampoco es correcta. El calificativo de «definitiva» aplicado a la pérdida del empleo o cargo es una innovación del actual CP que parece obedecer sin demasiadas dudas, como dice el Voto Particular, a la búsqueda de la adecuación del contenido penal de la sanción de inhabilitación a la del derecho administrativo sancionador, en el que se prevé la separación de tal carácter, esto es, la separación «definitiva», para los funcionarios públicos sobre los que recaiga tal pena. Se trata de una innovación que genera evidentes problemas hermenéuticos, porque el sentido que tan taxativamente le asigna al término «definitiva» la mayoría del TS en el citado Auto, y que puede entenderse que es el coloquial, no parece que sea el sentido que siempre, y ni siquiera la mayor parte de las veces, se le asigna en el ámbito jurídico, como es posible constatar sin profundizar demasiado.

Así, de entrada, cuando nos referimos a una Sentencia dictada en primera instancia, el ordenamiento la califica de «definitiva», sin que ello equivalga —usando los términos antes vistos del TS— «a firme e irrevocable», y por tanto, no es «lo contrario a lo temporal, lo provisional o lo condicionado»; la Sentencia adquiere el carácter justamente de «firme» más adelante, de acuerdo con los requisitos procesales determinados por la ley (22).

Lo que se acaba de ver se confirma por alguna regulación positiva... casualmente —dada la materia sobre la que versa este comentario— referida al estatuto de los Jueces y Magistrados: p. ej., el art. 363 LOPJ califica como de «definitiva» la suspensión impuesta a un Juez o Magistrado que le priva de todos los derechos inherentes a su condición, ahora bien es una privación que tiene lugar «hasta que, en su caso, fuere reintegrado el suspenso al servicio activo», lo que puede ocurrir, pongamos como hipótesis, algunos meses después de impuesta la sanción, y si eso es así no parece que de tal sanción se pueda predicar correctamente que fue —en los términos del ATS— «firme e irrevocable».

Por otro lado, dejando a un lado argumentos semánticos y acudiendo a ar-

(22) En efecto, el adjetivo «definitivo», no es definido por el Diccionario de la Real Academia como se acaba de decir que lo hace el ATS, aunque éste afirme que expone su sentido gramatical, sino como «lo que decide, resuelve o concluye»; decidir, resolver o concluir, es lo que hace una sentencia... definitiva, si bien tal decisión, resolución o conclusión pueden ser luego revisadas por una instancia superior que dicte una sentencia «firme», sentencia que decidirá, resolverá o concluirá sobre la propia sentencia recurrida: desde esta perspectiva, no hay duda de que la primera sentencia, la «definitiva», no deja de ser algo «...temporal... provisional o ... condicionado», volviendo a usar los términos del ATS; y aun una vez firme la sentencia, en nuestro sistema y en otros similares de nuestro entorno, puede ser anulada en los casos que proceda (como consecuencia de audiencia al rebelde, de nulidad de actuaciones o, sobre todo, de una actuación del Tribunal Constitucional), lo que nuevamente vuelve a revelar, en el sentido que ahora importa, el carácter «... temporal... provisional o ... condicionado» incluso de la sentencia ya firme.

gumentos más sustanciales, la comprensión que expone el ATS del inciso en relación con la pena de inhabilitación que nos ocupa del art. 42 CP, es difícilmente compatible, sobre todo, con el precedente art. 40 CP, que determina la duración de las penas privativas de derechos: en concreto para la de inhabilitación especial establece la de 6 meses a 20 años. Si, como parece que hay que entender, la inhabilitación, aunque con un doble efecto (la pérdida del empleo o cargo, por un lado, y la imposibilidad de acceder al mismo en el tiempo que determine la Sentencia, por otro), es una pena única (como bien apunta el Voto Particular al ATS), habrá de colegirse que ha de regir el mismo plazo de condena que concrete el órgano sentenciador tanto para uno como para otro efecto... durante todo el cumplimiento de la misma.

Todo ello aboca, en resumen, a concluir que la pena de inhabilitación debe interpretarse en el sentido de que el condenado está sujeto al mismo régimen, incluido el temporal, tanto en lo que se refiere a la pérdida de su cargo o empleo como al momento en que puede acceder a él nuevamente. Contra lo que se ha interpretado en el caso objeto de nuestra atención, pues, no debe entenderse que el empleo o cargo lo pierde el condenado a la pena de inhabilitación *ipso facto* en el momento en que se ejecuta la sentencia, sino que, por expresarlo gráficamente, lo va perdiendo «día a día», a medida que transcurre el tiempo de condena. El carácter severamente restrictivo de los derechos que supone la pena de inhabilitación (del derecho al trabajo, del cual se deriva a su vez la remuneración necesaria para subvenir las necesidades del sujeto (23), además del evidente desdoro social que le es inherente), hace forzosa una interpretación de estos tipos penales que no impida la posibilidad de intervenir en el cumplimiento de las penas que establecen, en concordancia con las finalidades que explicita el art. 25.2 CE de reeducación y reinserción social a las que aque-

(23) Pues es claro que la pérdida «definitiva» del empleo o cargo, aun con la posibilidad de acceder de nuevo al mismo transcurrido el tiempo que la sentencia determine, puede acabar siendo en la práctica irreversible tanto más cuanto más complicado sea acceder al empleo o cargo en cuestión (piénsese en los empleos públicos que requieren para su acceso de severas pruebas, como exigentes oposiciones); desde esta perspectiva, parece notoriamente desproporcionada la pérdida «definitiva» del empleo aparejada a una pena de inhabilitación especial en el menor de sus grados (seis meses). Digo que *puede* ser así porque ciertamente el ordenamiento prevé la posibilidad de rehabilitación para los así condenados: se ha aludido ya al caso de los Jueces y Magistrados (art. 380 LOPJ) y lo mismo sucede en el ámbito de la Administración Civil del Estado, donde hay un Reglamento específicamente dedicado a ello (RD 2669/1998, de 11 de diciembre, que aprueba el procedimiento a seguir para la rehabilitación de los funcionarios de la Administración Civil del Estado), pero no deja de ser una posibilidad que en última instancia queda en manos de la interpretación que haga el órgano administrativo (en el seno de la administración de que se trate) competente.

llas deben tender (cfr., p. ej., en este sentido, la STS 25 octubre 1995). La posibilidad de intervención a la que ahora me refiero, y de la que trae causa este análisis, es el indulto; indulto que, entendida de la manera que aquí se entiende correcta la privación del empleo o cargo que conlleva la inhabilitación (esto es, «día a día»), surte plenos efectos —con independencia de lo que de inmediato se dirá que acaece por otros motivos— respecto de la misma en el instante en que se haga efectivo el beneficio y en la medida de su contenido (24). El precedente que cita el ATS, que es la sentencia en la que pierden su condición los militares condenados por el intento de golpe de Estado, no está bien traído, puesto que no se trata de un supuesto de aplicación de indulto, sino de una cuestión netamente distinta como bien se indica en el Voto Particular a dicho ATS: en concreto se trataba en aquel caso de la pretensión de aplicación retroactiva de una ley penal favorable.

El empleo o cargo —no la condición— se pierde definitivamente, en efecto (pérdida que diferencia la inhabilitación de la suspensión), pero ello no comporta que, a lo largo del cumplimiento de la condena, no pueda incidirse sobre tal efecto en la medida que el ordenamiento lo permita. La «definitividad» de las penas, en el sentido de no poder influir ya sobre ellas, deviene, en rigor, una vez extinguida la responsabilidad penal (normalmente por el cumplimiento de la condena), porque hasta ese momento el condenado está sometido al mandato jurídico que es el cumplimiento de la pena impuesta por la sentencia: así, dejará de poder ser perdonado mediante el indulto, o dejará de poder beneficiarse en su caso de la retroactividad de una norma penal más favorable, cuando haya extinguido la responsabilidad penal, consista la pena en la inhabilitación, en la privación de libertad, en la retirada del permiso de conducción, etc. Más aún: esta incapacidad de influenciar en la pena una vez extinguida la responsabilidad penal puede ser exceptuada en la medida en que, permitiéndolo su naturaleza, el mismo ordenamiento admita una *restitutio in integrum* de su objeto: tal es el caso de lo que sucede con las multas en el supuesto del indulto, que, incluso ya pagadas, deben devolverse al indultado si así lo determina el RD de concesión (art. 8.º LI).

Con las conclusiones, por tanto, de que, por un lado, no ha habido realmente privación de «la condición» de Juez en el caso en cuestión (o, si se quiere, que tal privación no se ha perfeccionado, y siendo una medida tan gravosa como es, tal perfección resulta imprescindible) y, por otro, que el beneficio del indulto supone la reposición en el empleo y cargo desde el instante en que se

(24) Así, por ejemplo, puede determinar el indulto que la pérdida del empleo o cargo queda reducida en el tiempo que el mismo determine, y/o que del tiempo transcurrido sin haber ejercido el condenado el empleo o cargo se le abonen los haberes correspondientes.

concede si esa es la voluntad del indultador, queda por ver si, como pretende el Gobierno y niega el TS, el beneficiado puede ser reintegrado de inmediato a la Carrera Judicial, esto es, volver a juzgar y ejecutar lo juzgado, desde el momento en que se ejecute el indulto. La respuesta parece nuevamente bastante clara de acuerdo con la regulación actual. Recalco que ello es así según la regulación actual, porque, en ella, en efecto, el indulto no abarca la rehabilitación penal, esto es, no supone la cancelación de los antecedentes penales en el Registro correspondiente. Así se encarga de subrayarlo el ATS (Motivo Segundo.7). Como quiera que el régimen general de dicha cancelación es para las penas graves, según el art. 136.2.2.º CP, de cinco años, este período es el que —según entiendo— deberá transcurrir para que el beneficiado pueda volver a ejercer su empleo jurisdiccional (25). En ello, precisamente, como bien recuerda el ATS, reside la diferencia entre la amnistía y el indulto: frente a lo que sucede en aquélla, en el caso del indulto, incluso total, el beneficio no elimina «los efectos» de la pena, es decir, los antecedentes penales. Así lo aclaraba perfectamente el anterior art. 112 CP, y así lo sigue demostrando hoy de modo fehaciente, p. ej., el CP Militar, cuando prevé la rehabilitación de los militares profesionales que hayan sido condenados a la pérdida de empleo (que produce la baja en las Fuerzas Armadas) «en virtud de ley» solamente (art. 30): o sea, dicho de otro modo, en virtud de amnistía. En el caso del indulto, el Gobierno puede «graciar», en principio, tan ampliamente como desee, pero ha de hacerlo siempre «de acuerdo con la ley» (art. 62.i CE); y ni la ley penal prevé otro modo de cancelación de los antecedentes que el transcurso del tiempo señalado, ni la LI, al especificar en su Cap. II los «efectos» del indulto (explicitando, incluso, como se ha dicho, la devolución de las cantidades ya pagadas por el beneficiado en su caso), incluye entre los mismos tal cancelación, ni la LOPJ alude a tal posibilidad (sino en todo caso a la contraria, pues su art. 380 permite al CGPJ conceder la rehabilitación para los supuestos que menciona —aunque no prevea, como se ha dicho, el de inhabilitación—, pero ello sólo «... una vez obtenida la [rehabilitación] establecida en el Código Penal, si procediese» (26).

(25) No es lo mismo, contra lo que el propio TS señala, que el que ese período sea el que haya de aguardar el indultado para reingresar en la Carrera Judicial, en virtud del art. 303 LOPJ, que impide el acceso a la misma, entre otros, a «los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación» (ATS *loc. ult. cit.*): como antes se concluyó, el condenado, al no perder su condición de Juez, no tendría que volver a ingresar en aquélla.

(26) Insisto en que todo ello es así con la regulación actual, porque no sólo no ha sido así en otras ocasiones, sino que ha estado más tiempo vigente un régimen que permitía la rehabilitación inmediata de los inhabilitados que el régimen actual que no lo permite, lo que pone en evidencia que el sistema hoy vigente no de va de suyo, sino que es el resultado de una opción deliberada del

En definitiva, pues, el resultado de lo hasta aquí razonado sólo viene a coincidir con lo dispuesto en el Auto de aplicación del indulto por el órgano sentenciador en este último punto, del necesario transcurso del tiempo requerido para la cancelación de los antecedentes penales, si el condenado primero e indultado después, pretende incorporarse a la Carrera Judicial. Desde el plano legal, por tanto, las razones expuestas apuntan al menos al —por expresarlo así— no despropósito de las pretensiones del Juez condenado, más allá del natural interés en librarse de las severas consecuencias jurídicas desfavorables de la condena: su pretensión primera de entender que no había perdido su condición de miembro de la Carrera Judicial y, una vez confirmada judicialmente ésta, la pretensión de que le fuere aplicado el contenido del indulto tal cual, con la correspondiente vuelta al ejercicio de las funciones jurisdiccionales, cuenta con argumentos legales que no sólo no cabe desechar sin más, sino que, analizados sin pre-juicios (nunca mejor dicho), resultan bastante más sólidos, a mi modesto parecer, que algunos de los empleados en el razonamiento del ATS de aplicación de aquél. Cuestión distinta es que pueda tacharse la LI de excesivamente generosa, o la LOPJ de excesivamente protectora de los Jueces y Tribunales. Pero este es el régimen vigente hoy y, en estricta aplicación del mismo, el resultado final al que se llega en el caso objeto de atención es el expuesto (es decir, el impedimento del ejercicio de las funciones jurisdiccionales por el Magistrado condenado hasta transcurrido el tiempo necesario para la cancelación

legislador. En efecto, los Códigos Penales consecutivos de 1850 (art. 45), 1870 (art. 46) y 1928 (art. 124), es decir, desde mediados del siglo XIX hasta el CP republicano de 1932, y por tanto, durante más de medio siglo de vigencia de la LI, siempre previeron de forma específica la posibilidad de rehabilitación en caso de indulto del delito de inhabilitación: «La gracia de indulto no producirá la rehabilitación para el ejercicio de cargos públicos y el derecho de sufragio, *si en el indulto no se concediere especialmente la rehabilitación*» (en los términos del art. 46 CP. de 1870 y art. 124 CP de 1928). Más aún, aunque desde el CP republicano no se hace referencia en dicho texto a tal posibilidad, como recuerda el Voto Particular al Auto de aplicación del RD de indulto que nos ocupa, en la actualidad así puede entenderse (para el autor del voto no hay duda) que lo sigue previendo el Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986, de 10 de enero) para el supuesto de sanción disciplinaria —art. 22, en concordancia con el art. 19.1: éste dispone que «La responsabilidad disciplinaria se extingue con... indulto y amnistía», y aquél que «La amplitud y efectos de los indultos de sanciones disciplinarias se regularán por las disposiciones que los concedan»— (no, ciertamente, para el supuesto de condena penal, puesto que el ya citado RD 2669/1998, de 11 de diciembre, que aprueba el procedimiento a seguir para la rehabilitación de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, confirma el régimen general penal en lo que a tales rehabilitaciones se refiere, como posterior al CP actual que es, al disponer en su art. 2.3 que «Procederá solicitar la rehabilitación una vez que la persona condenada a pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial haya extinguido la responsabilidad penal y civil derivada del delito»).

de los antecedentes que comporta la pena), resultado impuesto por el ordenamiento de forma genérica —residual incluso, cabría decir— que nada tiene que ver con la fundamentación principal que se ha vertido en el ATS en relación con la potestad de la gracia y que, por lo mismo, podría perfectamente haberse evitado simplificando así el curso de la cuestión, curso que vuelve a complicarse nuevamente con la interposición por el Gobierno ante el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de un recurso basado en la exorbitante actuación del Tribunal Supremo a la hora de aplicar el RD concesor del beneficio del indulto que él ha otorgado. A ello me refiero a continuación.

B) *El control del indulto y la posibilidad de conflicto jurisdiccional*

Efectivamente, el curso de este complejo caso se ha complicado aún más cuando la discrepancia entre el Gobierno y el TS acerca del alcance del beneficio del indulto en el supuesto concreto se ha formalizado jurídicamente por el primero como conflicto ante el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. El conflicto tiene su origen en la pretensión de quien concede el beneficio, el Gobierno, de que éste se aplique en su integridad de acuerdo con el contenido que en el RD se especifica —fundamentalmente el reintegro a la Carrera Judicial—, frente a lo cual el órgano sentenciador entiende que su vinculación a la ley le permite controlar, a la hora de su ejecución, los contenidos de tal acto y, en consecuencia, inaplicar aquellos que considere contrarios a la legalidad (27).

Tratándose de una potestad tan peculiar como la del ejercicio de gracia, hay que plantearse antes de nada si cabe su control cuando el Gobierno la proyecta sobre un caso concreto. Aun siendo muy consciente de que las decisiones del ejecutivo en materia de gracia han sido consideradas por antonomasia como las más libres en su adopción por el titular de la potestad y con independencia de lo que se dirá en el último epígrafe de este análisis, no me cabe duda de que tal cuestión ha de ser respondida afirmativamente al menos en lo que a los elementos de la decisión tradicionalmente llamados «reglados» se refiere, es decir, a los elementos que claramente admiten su contraste con la ley. Desde el instante en que los Jueces están sometidos «al imperio de la ley», parece que no cabe plantearse la posibilidad de que apliquen beneficios de gracia que con-

(27) Como es el caso —según acabamos de ver— de aplicar el indulto a penas ya cumplidas, en virtud del art. 4.º LI, interpretando, como hace el TS, que la pérdida definitiva de la condición de Magistrado tuvo lugar, y por tanto se cumplió ya la Sentencia, en el momento en que se ejecutó la misma, por lo que no cabe extender el beneficio de la gracia a este efecto.

tradigan lo que la ley dispone: en el caso presente, si se entiende, como de hecho así ha sido, que la pérdida del empleo (condición) es «definitiva» en el sentido de que dicha parte de la pena está ya cumplida, y por ende, según el citado art. 4.º LI, que no puede ser indultada, el órgano jurisdiccional vendrá obligado a inaplicar este inciso. Podrá discutirse tal interpretación, como antes he hecho aquí concluyendo que la misma es incorrecta, pero si el órgano sentenciador lo entiende como lo ha hecho, y deduce la ilegalidad a su parecer del RD en este inciso, su deber es inaplicarlo.

El segundo interrogante que se genera es a qué órgano corresponde, entonces, ese control. El art. 31 LI es meridianamente claro al encomendar la aplicación de la gracia «... *indispensablemente* al Tribunal sentenciador». Sin embargo, el art. 58.1 LOPJ en su redacción actual (debida a la LO 6/1998), determina que «La Sala de los Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá: Primero. En única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros...», y el art. 2.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa determina que «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) ... los elementos reglados... en relación con los actos del Gobierno... cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos».

El Voto Particular al ATS, parece propugnar —si bien de modo poco claro— la competencia de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el control del acto de indulto, por provenir del Gobierno.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en un razonamiento que parece que excede su cometido de limitarse a declarar sólo «... a quién corresponde la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado» (art. 17.1 LO de Conflictos Jurisdiccionales) (28), lucubra acerca de a quién corresponde tal control y, aunque como a continuación se verá, resulta contradictorio, o al menos notablemente confuso al interpretar el art. 31 LI, comienza dando por sentado que el control de la facultad de concesión de indultos, habida cuenta de que «su plasmación formal se efectúa a través de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros... puede ejercitarse a través de la jurisdicción contencioso-administrativa»; se trata de un «... genérico control que deriva del principio de legalidad recogido en la Constitución Española con carácter general —artículo 9.3—, y que nunca puede extenderse a la motivación discrecional que constituye la esencia del perdón...» (Fundamento Tercero).

(28) Así lo revela su propia afirmación de que «El punto de fricción ocasionante del conflicto que ahora examinamos no se refiere, por lo tanto, a esa posibilidad de control que queda expuesta», exposición a la que ha dedicado la mayor parte del Fundamento Tercero.

A mi juicio, el citado art. 31 LI no contradice los preceptos competenciales de la jurisdicción contenciosa, sino que, como afirma la Sala Segunda del Tribunal Supremo (aunque sin hacer referencia al precepto de la nueva Ley 29/1998) «... es una norma especial en razón de la materia, que tiene una función bien precisa» (29). En efecto, se trata de una proyección del principio de especialidad, pues es obvio que al órgano sentenciador (en este caso, un Tribunal penal) le corresponde también el control del RD de indulto, y ello *ex lege*, pues al encomendar dicho precepto «la aplicación de la gracia... indispensablemente al Tribunal sentenciador», resulta de todo punto inevitable que éste controle tal aplicación, salvo que se le considere de naturaleza etérea y un Real Decreto de indulto en hipótesis manifiestamente ilegal, deba pasar por sus manos como el sol a través del cristal, sin romperlo y sin mancharlo. El Tribunal sentenciador, aunque no lleva a cabo una labor estrictamente jurisdiccional cuando aplica un RD de indulto (pues ni está juzgando ni ejecutando lo juzgado, sino aplicando, en virtud de lo que dispone la LI, un acto gubernamental) no deja de ejercer una función pública y con imperio y, como tal, no puede ser considerado ni inexistente ni imposibilitado para actuar en defensa de la legalidad que considera conculcada.

Frente a este razonamiento, el Tribunal de Conflictos entiende que no resulta aplicable al Tribunal sentenciador en estos casos el art. 6 LOPJ que, como es sabido, ordena a los Jueces y Tribunales inaplicar «... reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa», basándose, por un lado, en que «Este precepto se proyecta sobre normas y no sobre actos», y el indulto es, obviamente, un acto y no una norma; y por otro en que, de acuerdo con lo que explica el Preámbulo del Proyecto de Ley de Indulto presentado en su día por el Ministerio de Gracia y Justicia a las Cortes Constituyentes, la identidad de mano entre el Tribunal que sentencia y el que ha de aplicar el indulto «aspira al mantenimiento del prestigio de los Tribunales más que a un control de legalidad» (Fundamento Tercero).

La exposición de este segundo argumento resulta al menos sorprendente si no va inmediatamente seguido, como debe ir, del recordatorio de que el citado Preámbulo es de finales de 1869, fechas en las que, incluso para la ideología li-

(29) Razonamiento Jurídico Primero.4 del citado ATS de aplicación. Lo que no compartimos es la conclusión que de ello deduce dicha Sala de lo Penal, pues la función «bien precisa» a la que se refiere el ATS es, en sus mismos términos, la de distribuir «... las competencias en materia de indulto entre el ejecutivo y el judicial, con la finalidad de no alterar sustancialmente la división de poderes que está en la base del sistema político de la Constitución»; en definitiva, pues, la del indulto es —siempre en expresión del TS— una «competencia compartida». *Vid. infra*, a continuación, la crítica a este indudable exceso semántico del TS, que el TCJ califica de «interpretación excesivamente amplia».

beral que disponía del poder en aquél breve período, la concepción de la labor de los jueces y del valor de la Constitución y de sus principios no parece que fuera precisamente la misma que la concepción del año 2000. En cuanto a lo primero, se trata de una interpretación que hace, más que difícil, imposible entender el tenor literal del art. 31 LI —que encomienda al órgano sentenciador «la aplicación» del RD de indulto— en todos aquellos supuestos en los que, según la propia LI, tuviere algún contenido prohibido (por poner dos ejemplos palmarios, el indulto de la indemnización civil o de las costas procesales), supuestos en los que, con independencia de otras consideraciones, lo que no puede dejar de hacer el citado órgano encargado justamente de aplicar la ley, es, evidentemente, inaplicarlos.

Por lo demás, la mera lógica confirma la conclusión apuntada, según creo, pues, por un lado, la idea de confiar el control al orden contencioso implicaría una disociación entre la aplicación del acto de indulto y el control del mismo, disociación que no aparece fácil de efectuar y que sería un más que probable semillero de conflictos intrajurisdiccionales entre la Sala de lo Penal y la de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo; y, por otro, resulta claro que el que en mejor posición se encontrará siempre para la aplicación de un indulto, incluyendo en ella la posibilidad de concluir si el mismo contradice o no las determinaciones de la ley, es el órgano judicial que conoció, primero, de las vicisitudes del caso, y, ahora, de las del beneficiario de la gracia.

Así acaba reconociéndolo el propio Tribunal de Conflictos, aunque, como adelantábamos, de forma notablemente confusa. De entrada, en el mismo Razonamiento Jurídico en el que afirma con taxatividad que la jurisdicción competente para controlar el RD de indulto es la contenciosa, más adelante concluye que «El punto de fricción» del caso en cuestión «Se concreta en las potestades específicas que pueden corresponder al Tribunal de lo criminal con respecto a la aplicación de un RD de indulto, si ese Tribunal estima que su contenido se opone a una norma legal de rango superior, en la que se establecen reglas para el otorgamiento del mismo. Y ello enlaza con la interpretación excesivamente amplia que la Sala Segunda ha otorgado...» al artículo 31 LI. Y tras exponer las dificultades que comporta el control del indulto por el Tribunal sentenciador, afirma que «Pese a todo ello es innegable que, atendiendo tanto al principio de legalidad [esto es, al mismo principio que el Tribunal esgrime en relación con la jurisdicción contenciosa] como al de oficialidad característico de la jurisdicción penal, constituye una exigencia derivada de la misma función atribuida al Tribunal... con relación a la ejecución de la sentencia... en la que incide el indulto, admitir que pueda ejercer un control de la aplicación del mismo en determinados y concretos supuestos, en los que se haya producido una manifiesta vulneración de la legalidad» (Fundamento Cuarto). Ese control

viene a abarcar los elementos que se especifican en la LI, tal y como indica el TCJ a continuación, lo que, de nuevo, vuelve a sumir al lector de la sentencia en una cierta perplejidad, pues si como el mismo Tribunal de Conflictos ha afirmado antes, el control del RD de indulto corresponde «por defecto» a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero dicho control «nunca puede pretender extenderse a la motivación discrecional», y si el control de los elementos verificables corresponde al Tribunal sentenciador, no se alcanza a vislumbrar muy bien el margen de control que le resta a aquella jurisdicción contencioso-administrativa. Cabría pensar, quizá, que en ese margen entra justamente el artículo 4.º LI, cuya utilización por la Sala Segunda TS es el que precisamente constituyó la causa del conflicto que nos ocupa, pero si bien en este caso la aplicación de tal precepto puede considerarse problemática al proyectarse sobre una pena de alcance dudoso, parece, más que excesivo, incorrecto excluir tal precepto del control por el órgano sentenciador siempre y absolutamente, como hace el TCJ (Fundamento Cuarto) (30).

Hasta aquí, en este epígrafe se han concluido dos cosas: primero, que cabe el control sobre el acto de indulto del Gobierno; segundo, que ese control corresponde mayormente y con más propiedad que a ningún otro órgano, al órgano sentenciador.

El tercer y último, y también más relevante, interrogante que plantea la diferencia de pareceres entre el órgano concesor del beneficio y el órgano jurisdiccional que ha de aplicarlo (y en tal medida controlarlo), es si tal diferencia puede ser llevada ante alguna instancia para que ésta solvete el conflicto mediante el procedimiento que corresponda. A estos efectos es indiferente el motivo de la discrepancia y el orden jurisdiccional que se considere competente para el control de —al menos— los elementos reglados del indulto. Frente a lo que se ha expuesto en varias ocasiones por algunos juristas sobre el caso que nos ocupa en los medios de comunicación, a mi modesto entender tal posibilidad no sólo puede, sino que debe existir, pues, establecida la indefectibilidad de la verificación o control de —reitero: al menos— los elementos reglados del RD de indulto, la inexistencia de tal posibilidad significaría dejar la potestad de indulto íntegramente en manos del Tribunal sentenciador, esto es, del órgano que —recuérdese— juzgó y condenó, y cuya sentencia es total o parcialmente anulada en sus efectos por el ejecutivo. No puede ser este el resultado, porque el indulto es una potestad cuyo ejercicio corresponde íntegramente al

(30) Piénsese como hipótesis, por ejemplo, en un RD de indulto que remitiese penas ya cumplidas de privación de libertad, remisión que fuese esgrimida por el beneficiado para solicitar una indemnización: no es que la solicitud resultase del todo inviable, sino, antes aún, que el órgano sentenciador vendría obligado *ex lege* a ignorar, es decir, a inaplicar, el contenido del indulto en esa parte.

Gobierno (por más que el ATS calificara al indulto de «competencia compartida»: Motivo Primero.4) (31), y en razón de ello no puede concebirse como incontrovertible la aplicación del indulto por el órgano sentenciador cualquiera que sea la forma en que la efectúe. Llevando a su término el razonamiento que enuncia el propio ATS cuando afirma correctamente que «Los órganos competentes para otorgar el indulto y para aplicarlo son distintos, evitándose de esta manera la incontrolada disposición de esta facultad por parte del poder ejecutivo» (Motivo Primero.2), ha de concluirse que lo mismo sucede respecto del órgano aplicador de la gracia, esto es, ha de evitarse la incontrolada disposición de su facultad de aplicación.

El problema, por lo demás, tampoco se resolvería mediante una interpretación gramatical de la expresión «aplicación de la gracia» del art. 31 LI que excluyese radicalmente la verificación por parte del órgano sentenciador, pues ello conllevaría el rechazo por éste del RD del Gobierno en caso de discrepancia en cualquier grado, por parcial que fuese, con su legalidad y, si no se entendiese viable el conflicto de jurisdicción, o bien el Gobierno se quedaría sin posibilidad de ejercer el indulto, o bien debería plegarse al contenido que el órgano sentenciador de turno estimase correcto, con lo que la facultad de indultar acabaría, de hecho, siendo de tal órgano y no del Gobierno, o bien, en fin, el Gobierno debería operar *de facto* según su voluntad otorgadora del beneficio ignorando lo que el Tribunal aplicador del indulto considerase acerca de la ilegalidad de éste.

Si, como parece más lógico y coherente, ante el surgimiento de un conflicto como el que aquí se produce ha de procurarse una solución lo más conforme que quepa con los principios generales del Estado de Derecho, entre los que parece evidente que se halla el de que no cabe solventar los conflictos normativos mediante meros actos de autoridad de un órgano, sino —en la mayor medida de lo posible siempre— de manera motivada, la cuestión es qué vía y qué órgano resultan los adecuados para resolver tal contraste de pareceres entre el Gobierno y el órgano sentenciador, porque es palmaria la ausencia en nuestro ordenamiento de un procedimiento y de un órgano explícitamente pensados para tal

(31) No trato de descontextualizar la afirmación, por lo que de inmediato añado que el ATS hace tal aseveración para indicar que corresponde «la decisión política del indulto al ejecutivo y al Tribunal sentenciador la verificación de la legalidad, es decir, de si el acto ha sido dictado «con arreglo a la ley»... Aunque la explicación es correcta en su contexto, la expresión es del todo desafortunada puesto que no refleja lo que su literalidad pretende transmitir; la mejor prueba de ello son los casos en que, con informe favorable del Tribunal sentenciador, e incluso en los que sea este mismo el que inste el perdón, el Gobierno puede perfectamente denegar la gracia, sin que aquél pueda contestar la decisión: como es obvio, nada comparte en estos supuestos de ejercicio (negativo, pero ejercicio sin duda alguna) de la gracia el Tribunal sentenciador y el Gobierno.

supuesto (por lo demás único hasta la fecha, que nosotros conozcamos, que ha generado esta situación). Veamos qué posibilidad es factible y cuáles no.

1. Si nos ceñimos a la discrepancia aquí expuesta, entre el Gobierno como concesor del indulto y el TS como Tribunal sentenciador, ha de descartarse el procedimiento del conflicto entre órganos y la instancia del Tribunal Constitucional (TC) como encargada de su resolución: el órgano sentenciador no es órgano constitucional a estos efectos, ni siquiera siendo el TS, que tiene por Presidente el mismo de un órgano que sí es constitucional, el CGPJ. Sólo si el contenido del RD de indulto lo propicia, por implicar la interferencia en las atribuciones en otro órgano constitucional, cabría tal posibilidad. Es el caso del RD que tratamos, en mi opinión, en la medida que establece una prohibición temporal específica de acceso a la Audiencia Nacional que, como he señalado al principio, no le corresponde al Gobierno, sino al CGPJ, también órgano constitucional, en uso de su competencia para la provisión de destinos de los miembros de la Carrera Judicial (32); éste, en consecuencia, pudo haber planteado tal conflicto... en su momento, esto es, comenzando con la fase de requerimiento en el plazo de un mes que señala la LOTC para poner en marcha tal proceso (33).

2. Tampoco parece factible la posibilidad de que inste tal control quien, beneficiado por la gracia que le ha concedido el Gobierno, se ve desfavorecido por la negativa a aplicarlo tal cual por el órgano sentenciador. Sin duda la idea que surge de inmediato en este supuesto es la de que al beneficiado le cabría alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la aplicación restrictiva que del indulto hace el Tribunal sentenciador, una vez agotados los recursos posibles (como ha sido el caso en este supuesto, en el que el beneficiado interpuso recurso de súplica ante la propia Sala aplicadora del RD de gracia, recurso que le fue desestimado). Sin embargo, se hace —creo— muy difícil, si no imposible, la estimación por el Tribunal Constitucional, pues, sobre la base de que no existe un derecho al indulto, la única posibilidad de apreciar vulneración de la tutela judicial por el órgano sentenciador es que éste ha-

(32) Reitero que no parece posible entender de modo distinto a lo que se acaba de decir el segundo inciso del fallo de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción: *vid. infra* en nota, sus términos literales.

(33) Como es sabido por quienes han seguido las vicisitudes del caso, una amplia minoría del CGPJ intentó que el Pleno del mismo acordara la interposición de tal conflicto ya transcurrido ese plazo, esgrimiendo como causa la impugnación por el Gobierno del ATS de aplicación del indulto, impugnación que presuponía indirectamente, a su entender, la vulneración de las competencias del CGPJ al cuestionar el ejecutivo la capacidad de aplicación del indulto por el órgano sentenciador. La propuesta de dicho sector del Consejo fracasó, pero, en todo caso, era evidente —en mi sentir— lo forzado, y por ello jurídicamente incorrecto, de tal planteamiento.

ya obrado de forma arbitraria en la aplicación del acto del ejecutivo (p. ej., no aplicándolo en sus propios términos sin dar explicación alguna, posibilidad que es obvio que no cabe esgrimir aquí). Argumentar por el interesado que no puede gozar del beneficio que se deriva del tenor literal del RD de indulto porque el Tribunal que lo aplica se excede en sus funciones, no resultaría posible, porque el amparo constitucional no es un procedimiento para resolver conflictos entre órganos (Gobierno y Tribunal Supremo en este caso). Sólo en un supuesto, que tampoco es el del caso presente, cabría —entendiendo— la correcta interposición del recurso de amparo constitucional por el beneficiado, frente a la aplicación restrictiva para él que lleve a cabo el órgano aplicador: cuando éste haya llevado a cabo en su control del indulto una interpretación contraria a otra anterior en casos sustancialmente iguales (*tertium comparationis*), más favorables al beneficiado; pero incluso en este ya de por sí difícil —al menos hoy por hoy— caso, las severas exigencias del TC para poder esgrimir la discriminación en las resoluciones de los tribunales, unidas a las peculiaridades del caso, hace escasamente viable tal posibilidad; y, de todos modos, no resultaría factible en el supuesto que nos ocupa por la sencilla razón de que es el primero con las características que lo adornan (Juez condenado por delito continuado de prevaricación beneficiado mediante un indulto con el contenido específico visto, que no ha sido aplicado en sus términos por el Tribunal sentenciador).

Pero, además de todo lo anterior, resultaría a mi juicio inviable el recurso de amparo en este caso por la circunstancia sobrevenida de la impugnación de la aplicación del indulto que hizo el Gobierno. Tal circunstancia supuso dejar en situación de pendencia tal aplicación hasta que se resolviese de uno u otro modo dicha impugnación y, hasta ese mismo instante, el beneficiado, que no tiene derecho al indulto, carece de título esgrimible: si el resultado de la impugnación consistiese en la declaración de que el indulto, o parte de él, fue indebidamente emanado por no ser competencia del Gobierno en esa misma medida indebida, el sujeto nunca habrá estado en situación de gozar de tal beneficio (34). Este *status quaestionis* sitúa el caso en un plano muy distinto al de la relación entre los órganos intervinientes en el indulto y en su aplicación por un lado, y el beneficiado por otro: lo convierte en un conflicto institucional

(34) La cuestión resultaría mucho más evidente —por poner un ejemplo de lo que se quiere decir en el texto principal— si fuese un indulto de pena pecuniaria en el que el beneficio alcanzase a la reversión de todo su montante al indultado: en tanto se encontrase impugnado el indulto, al sujeto no podrían devolverse las cantidades correspondientes y si el resultado de la impugnación fuese la nulidad del Real Decreto de concesión, evidentemente no podría recibirlas nunca en virtud del fallido indulto.

y, por ende, objetivo, en el que al eventual beneficiario no le corresponde, en rigor, margen de intervención alguna (35).

En efecto, lo que revela el disenso entre los órganos concernidos es un conflicto entre poderes y, por ello mismo, se trata de una cuestión esencialmente general, en la que el interés *institucional* por resolverlo prima sobre cualquier otra consideración. Como todo conflicto en el que estén presentes poderes públicos, la discrepancia de pareceres entre los mismos revela una disfunción en su relación. Aquí se trata de un conflicto entre el ejecutivo y el judicial (recuérdese, como se insistía más arriba, que el órgano sentenciador, sea el TS como en este caso, o el más inferior en la escala judicial, encarna, o mejor, *es*, el Poder Judicial), que ciertamente trae su causa del ejercicio de la potestad de graciarse por el Gobierno y de aplicar la gracia por el Tribunal sentenciador, pero es una causa cuyas circunstancias concretas —el sujeto condenado y su particular situación— resultan indiferentes respecto de la eventual solución que pueda darse, porque lo que interesa, el objetivo a cumplir, es solventar la disensión entre uno y otro poder, determinando cuál de los dos actúa correctamente.

3. Desechadas, por tanto, la vía del conflicto entre órganos constitucionales y la instancia del beneficiado por las razones dichas, y teniendo presente el carácter institucional del conflicto al que se acaba de hacer referencia, la única posibilidad que parece existir de control y solución en la diferencia de pareceres entre el concedente del indulto y el aplicador del mismo es la vía del conflicto jurisdiccional, regulada en la Ley Orgánica 2/1987, de Conflictos Jurisdiccionales, ante el singular Tribunal del mismo nombre. Dados los protagonistas del conflicto, no sólo es que resulte la única posibilidad ante la inexistencia de vías o cauces más apropiados, sino que, en mi humilde parecer, tal órgano resulta bastante adecuado para conocer del problema, dada su composición: tres Consejeros Permanentes de Estado, dos Magistrados del Tribunal Supremo y el Presidente de éste, que dispone de voto de calidad (art. 38 LOPJ), esto es, un órgano compuesto, justamente, por miembros de los órdenes concernidos: Jueces y miembros del más alto órgano consultivo del Gobierno (art. 107 CE). La idea que la Sala de lo Penal del TS esgrime en su último Auto sobre este asunto, de 13 de marzo de 2001, de que ello implicaría contra-

(35) Va de suyo, pues, que no compartimos el argumento de la Sentencia del TCJ de que el «genérico control» (como él denomina al control contencioso-administrativo sobre el indulto) que cabe sobre la decisión de indultar del Gobierno, ha de llevarse a cabo con audiencia de la persona a favor de la cual se deriven derechos del acto (Fundamento Tercero): tales derechos no nacen realmente —entiendo— hasta que el acto del indulto deja de ser cuestionado por los órganos que pueden hacerlo y en los plazos y según los procedimientos posibles para ello.

decir la naturaleza del TS como máximo órgano jurisdiccional nacional, colocando al citado Tribunal de Conflictos por encima suyo al otorgarle la capacidad de decidir si el TS ha aplicado correcta o incorrectamente el indulto, no parece que pueda compartirse, por dos razones.

En primer lugar, porque en estos casos el TS no actúa en su calidad de tal, sino en la de Tribunal sentenciador: que le corresponda a él aplicar el indulto en el presente supuesto deviene de la condición de aforado del condenado, no de que la aplicación del beneficio requiera su intervención como máximo órgano jurisdiccional nacional. En rigor, su labor no es en este caso «jurisdiccional» (que es la naturaleza a la que se refiere su cualidad de «superior en todos los órdenes», a la que alude el art. 123.1 CE), sino de mero órgano aplicador de un acto del ejecutivo, que es el acto de gracia; dicho en otros términos, el razonamiento de la solución a la situación creada no debe tener por referencia el TS como tal, sino a todo órgano sentenciador, que puede encontrarse eventualmente en la misma tesitura conflictiva con el Gobierno.

Y en segundo lugar, porque el carácter del órgano al que se le confía la resolución de los conflictos jurisdiccionales no es ni superior ni inferior al TS ni a los demás Tribunales u órganos sentenciadores, sino que cumple una función que le ha sido asignada, distinta a la jurisdiccional ordinaria, consistente en determinar la titularidad de la jurisdicción controvertida, sin que la LOPJ, que es la que prevé este órgano, distinga que tal controversia provenga del TS o de otros «Juzgados y Tribunales» (art. 38); para ello el legislador le rodea de cautelas muy particulares, desde la composición vista, renovable anualmente (art. 40), hasta —como hemos visto— la limitación de su función a declarar en la sentencia sólo «... a quién corresponde la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado» (art. 17.1 LOJ citado), además de poder «también declarar que el conflicto fue planteado incorrectamente, en cuyo caso ordenará la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto procedimental» (art. 17.2) (36).

(36) De lo expuesto se infiere con claridad que no cabe dudar, en mi opinión, de la naturaleza jurisdiccional de dicho órgano, frente a alguna idea en contra que he podido escuchar: si la tiene el Tribunal de Cuentas, como ha afirmado en varias ocasiones el TC (la última, hasta el momento, en la STC 215/2000, de 18 de septiembre, pero pueden verse también las SSTC 187/1988, de 17 de octubre; 18/1991, de 31 de enero y el ATC 312/1996, de 29 de octubre), que aunque previsto por la Constitución y especificada por ésta «su propia jurisdicción», no deja de «Depender (...) directamente de las Cortes Generales y ejercer (...) sus funciones por delegación de ellas...» (art. 136 CE), sin que sus miembros sean magistrados, sino «Consejeros» (art. 21.1 LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas), parece que debe considerarse que el Tribunal del que aquí tratamos tiene dicha naturaleza jurisdiccional *a fortiori*, si bien, naturalmente, es una naturaleza jurisdiccional no ordinaria.

Sentado (siempre a mi modesto parecer) que es el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción el órgano indicado para solventar las confrontaciones del tipo que en esta ocasión nos ocupa, es del todo evidente que el legislador de 1987 no estaba pensando en un supuesto de estas características cuando redactó la mencionada Ley, lo que ha generado la opinión tanto del TS como de algún constitucionalista, de que la misma no da cabida a este supuesto, argumentando que su art. 7.º impide plantear «... conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales en los asuntos judiciales resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes sólo de recurso de casación o de revisión...». Sin embargo, de entrada parece difícil comprender el supuesto de aplicación del RD de indulto como un «asunto judicial», porque con tal expresión parece referirse el legislador a procesos judiciales y a los incidentes que en ellos puedan plantearse, y no a la aplicación de un acto del Gobierno... que podría incluso no serle confiada al órgano sentenciador si la LI dispusiese otra cosa (cuestión distinta es que resulte difícil hallar un aplicador más idóneo que el órgano sentenciador, por las razones antes expuestas). Pero es que, además, el precepto continúa estableciendo que aquello es así «... salvo cuando el conflicto nazca o se plantee con motivo de la ejecución de aquéllos o afecte a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en trámites de ejecución», supuesto este último en el que, salvo error de apreciación mío, se subsume sin mayores problemas el conflicto entre el Gobierno y el Tribunal sentenciador que nos ocupa, pues lo que está en el origen de este asunto gira en torno a la ejecución (aplicación) del RD de indulto del Gobierno por el Tribunal sentenciador (37). El resto del procedimiento a aplicar, regulado en el Capítulo I de la mencionada LOJ, habrá de ser interpretado adaptándolo en algunos de sus extremos a las peculiaridades del caso: *v. gr.*, comenzando por la legitimación, que, de acuerdo con la LOJ, no tiene el Gobierno de la nación en cuanto tal órgano (curiosamente, sí la tienen los Gobiernos autonómicos en virtud de la misma Ley), sino sus miembros, de modo que lo más propio será que en estos casos interponga el conflicto el Ministro de Justicia o el mismo Presidente del órgano ejecutivo.

(37) El Tribunal de Conflictos ha dejado bien claro que en este caso tiene la competencia necesaria para entender del asunto, pero lo ha hecho con argumento erróneo a mi juicio, al afirmar que la firmeza del ATS aplicador del indulto, «no solamente no obsta a su planteamiento [el del conflicto de jurisdicción por parte del Gobierno], sino que viene a constituir la razón que lo justifica; porque es a partir de ese momento cuando, de una manera definitiva e irreformable en vía judicial, se produce la supuesta invasión en la esfera de competencia de la Administración que se acusa» (Fundamento de Derecho Segundo); a mi entender, en cambio, la firmeza del ATS del que trae causa el conflicto impediría *ad litteram* que el Tribunal de Conflictos entrase a conocer del asunto, y sólo la excepción —de evidente lógica— que establece el citado art. 7.º, *in fine*, es la que le sirve en este supuesto de título para poder entrar a resolver el conflicto.

Si se comparte lo anterior, el resultado concreto de la labor del Tribunal de Conflictos habrá de determinar si el TS ha ejercido correctamente la labor que en cuanto órgano sentenciador en este caso le encomienda la LI, es decir, *la aplicación* del indulto, o no ha ejercido tal labor, sino otra distinta, que resultaría ser *la interpretación* del contenido del RD de indulto aplicándolo no según se desprende con claridad de la redacción del mismo, es decir, sin intermediación hermenéutica, sino según su propio entendimiento: si lo primero, quedará definitivamente como lo ha hecho el órgano sentenciador (esto es, no incorporando automáticamente al Juez condenado a la Carrera Judicial, exigiendo tal incorporación de los requisitos necesarios determinados en la LOPJ para tal acceso: nueva oposición o vías alternativas); si lo segundo, habría de volver a la Sala de lo Penal del TS para su aplicación en los términos emanados por el Gobierno... siempre, de nuevo, de acuerdo con la ley: así la declaración del Tribunal de Conflictos de que la competencia de indultar corresponde al Gobierno en los términos que él determine, nada dice acerca de la liquidación de la condena, labor exclusiva del órgano sentenciador cualquiera que sea éste, que en el presente caso en mi opinión, según lo dicho al inicio, ha de comprender los cinco años necesarios para la obtención de la rehabilitación penal (38). Es innecesario apuntar que, en esa labor, el Tribunal de Conflictos tendrá a su vez que interpretar el conjunto de normas aplicables al caso, pues limitándose a declarar a quién corresponde la competencia sin más, es decir, sin argumentar el porqué, incurriría él a su vez en arbitrariedad.

En fin, aunque el art. 20 de la misma LOJ dispone la posibilidad de recurrir en «amparo constitucional, cuando proceda», se hace bastante difícil imaginar cuándo cabrá tal recurso, teniendo en cuenta que las partes en estos conflictos son órganos de carácter público, sin que el eventual beneficiado por el indulto tenga intervención alguna en ellos (39).

(38) En cambio, la Sentencia del citado Tribunal deja perfectamente claro, como no podía ser de otro modo, que en relación con la reincorporación del indultado a la Carrera Judicial el órgano sentenciador debe limitarse a dar traslado de tal contenido al CGPJ para que éste actúe en consecuencia: en los literales términos del propio TCJ, «... debiendo diferirse las cuestiones relativas a su reingreso a la carrera judicial al Consejo General del Poder Judicial, que procederá en consecuencia en el ejercicio de sus competencias».

(39) Rubio Llorente califica de cuestionable el ya de por sí «... improbable derecho de los órganos que han sido parte en el conflicto para interponer recursos de amparo...» (F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, 1998, pág. 9, n. 28).

4. EL PLANO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: EL PROBLEMA DEL CONTROL DEL INDULTO

Si hasta aquí se ha tratado de analizar el indulto que nos ocupa desde el plano de la legalidad, más interés tiene en esta sede académica hacer referencia al plano de la constitucionalidad..., sobre todo porque, como al inicio se indicaba, apenas se han hecho referencias genéricas en las colaboraciones de juristas aparecidas en la prensa, que son las únicas referencias doctrinales de las que, cuando se redactan estas líneas, tengo conocimiento. Es correcto que se haya procedido al análisis exhaustivo de la legalidad aplicable al supuesto con carácter previo a abordar su análisis constitucional, porque, como también se indicaba en la introducción a estas páginas, en los sistemas de control constitucional concentrado, antes de acudir al Tribunal Constitucional, han de agotarse las posibilidades de interpretación conforme a la Constitución que ofrece la ley: por así decir, «cronológicamente» ha de procederse primero con ésta y luego con aquélla.

Ahora bien, si esto es cierto, no lo es menos que llama la atención la práctica omisión de referencias al plano constitucional en este caso, tras el detallado análisis del sistema legal ordinario operado por unos y otros comentaristas jurídicos. Por ello puede tener algún interés, creo, las referencias al respecto que se hagan aquí en tal sentido.

Cuando aludo al plano constitucional no me refiero a las derivaciones constitucionales que tienen los aspectos hasta aquí tratados que traen su causa de la ley (p. ej., es derivación constitucional la intromisión en las competencias del CGPJ, como la de la provisión de destinos, en la medida en que afecta al equilibrio de poderes que está en la base de nuestro sistema parlamentario), sino a los aspectos del indulto *directamente* contrastables con la Constitución. El ejercicio, más o menos amplio, que el Gobierno ha hecho de su potestad de gracia en este caso, el alcance de la misma en relación con la concreta pena impuesta, o las interpretaciones, en uno u otro sentido, mayoritarias y minoritarias, de la legislación aplicable, no contradicen lo que la CE determina: se podrá y aun se deberá discutir, como antes dije, si la LI es excesivamente generosa en su ámbito de cobertura (cuando, p. ej., abarca a los reos de toda clase de delitos) y en las potestades que otorga al Gobierno, si éste se ha excedido en tal ejercicio, si el CP es más o menos claro a la hora de establecer la pena de inhabilitación, etc., pero no parece que cualquiera que sea el sentido de las respuestas a estas cuestiones, desborden, por sí mismas, el marco constitucional. Lo que sí es directamente contrastable con el texto constitucional es el *cómo* ha ejercido el ejecutivo la gracia en el caso que comentamos, a saber: sin motivación.

En efecto, como es sabido, la CE especifica como principio (esto es, convierte en derecho constitucional positivo) el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3). La diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad se ha hecho descansar en la motivación o justificación [por todos, T. R. Fernández Rodríguez (40)], hasta el punto de concebirse que eso va de suyo (41). Entiendo, sin embargo, que cabría considerar que, en principio, y sin entrar ahora en consideraciones específicas, puede entenderse vigente una presunción favorable a la actuación correcta (*id est*, no arbitraria) de los poderes públicos... aun sin motivación. Ahora bien, aun admitiendo esta presunción (42), no puede haber duda de que la misma debe quedar absolutamente enervada cuando el acto de que se trata tiene el carácter que tiene la gracia, que, en lo que aquí interesa ahora, es el carácter de interferencia en la labor de juzgar y, sobre todo, más normalmente en nuestro sistema (y en el supuesto concreto objeto aquí de nuestra atención), de interferencia en la labor de ejecutar lo juzgado; esto es, expuesto de otro modo, cuando el acto de un órgano público contradice otro emanado por otro órgano distinto, y no un órgano cualquiera, sino un órgano jurisdiccional. En este caso, sin negar un notable margen de maniobra para beneficiar a los sujetos de las consecuencias desfavorables impuestas por los Tribunales resulta, más que necesaria, imprescindible la motivación de tal decisión: como se ha dicho en tan afortunados como expresivos términos, que el Estado perdone como un particular no cabe en un Estado de Derecho (43). Cosa distinta será la solidez o la extensión de la motivación, pero el indulto demanda en todo caso una fundamentación que, en definitiva, impida considerarlo como un acto arbitrario y, por ende, prohibido por la CE, pues la diferencia entre la arbitrariedad y la discrecionalidad estriba en la justificación, y ésta se revela en la motivación. Así, es hoy derecho positivo en el ámbito administrativo, en el que la motivación constituye una exigencia

(40) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991 y, junto a este estudio, los demás que componen su obra recopilatoria *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 3.ª ed. ampliada, 1999.

(41) E. ESPÍN, por ejemplo, afirma que «Como su propio enunciado indica [el del principio de interdicción de la arbitrariedad], consagra la proscripción de toda actuación carente de justificación...» (en L. LÓPEZ GUERRA, *e.a.*, *Derecho constitucional*, vol. I, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, 2000, pág. 75, cursivas mías).

(42) Cfr. al respecto M. SÁNCHEZ MORÓN: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, 1994, págs. 121 y sigs., o M. BELTRÁN DE FELIPE: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, col. Temas Clave, 1995, págs. 52 y sigs.

(43) A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH: «Comentario al art. 97 de la Constitución», en O. ALZAGA (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. VIII, Edersa, 1998, pág. 140.

legalmente ineludible para los actos «...que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales...» [art. 54.1.e) LRJ-PAC]. La LI preveía desde el principio, es decir, desde 1870, esta exigencia de motivación del RD de indulto en su art. 30, y así ha estado vigente durante un siglo largo hasta que el legislador de nuestro actual régimen democrático la suprimió en la única reforma a la que dicha Ley se ha visto sometida, en 1988. Pero tal omisión, que en ausencia de Constitución, o al menos de Constitución verdaderamente normativa, podría entenderse válida, no puede concebirse así vigente un texto constitucional que rige, por ello mismo, un verdadero Estado *constitucional* de Derecho, Estado que viene caracterizado, en mayor y más importante medida aún que por la división de poderes, por la imposibilidad de poderes ilimitados o absolutos (44); máxime cuando *expressis verbis* dispone dicho texto constitucional el inciso referido a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En definitiva, pues, dejando ahora de lado otras consideraciones respecto de la constitucionalidad, o no, del actual art. 30 LI, la ausencia del requisito de motivación no puede concebirse como cobertura posible de actos de gracia desprovistos de la más mínima fundamentación (45).

Y esto, la total ausencia de motivación, es lo que acaece en el RD de indulto que nos ocupa. No sólo con éste, sino con el resto de los muchos cientos (los que yo he repasado al menos) aprobados en el mismo Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2000 y con prácticamente todos los demás (al menos los consultados con motivo de este trabajo). La generalización de esta práctica, sin embargo, en nada afecta al razonamiento que aquí se hace, por la elemental razón de que el indulto del Sr. Gómez de Liaño es el único (del que yo tenga co-

(44) Por contrastar la afirmación que se vierte en el texto principal con una referencia concreta que tiene lugar al mismo tiempo que se desarrolla el caso que aquí se analiza, en total contradicción con algún comentario que ha tratado de aprovecharla en favor de la tesis del Gobierno sobre el carácter incontrolable de su potestad de gracia: en nuestro sistema no es que deba resultar inconcebible una actuación en materia de indultos como la llevada a cabo por el ex Presidente de EE.UU., B. Clinton, pocas horas antes de cesar en el cargo (y no sólo él, sino los Presidentes anteriores, G. Ford y G. Bush), sino que no debe resultar *jurídicamente* posible. No se trata de una mera cuestión de ética ni de estética en relación con el resto de los poderes, o con la sociedad, o con el propio prestigio de quien ejercita la gracia, sino de una cuestión estrictamente jurídica. Nuestra Constitución no tiene la historia de la tan celebrada Constitución bicentennial de EE.UU., pero, como texto moderno que es, nacido en el último cuarto del siglo xx, es decir, cuando está plenamente vigente la forma evolucionada del Estado *constitucional* de Derecho, *debe* tener mucha más carga prescriptiva en los enunciados, en particular en los que establece de forma clara, como es el caso del principio al que nos referimos, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

(45) Para un desarrollo más pormenorizado de este razonamiento, me permito remitir a la última parte de mi monografía sobre este tema, citada en la primera nota.

nocimiento) que ha sido objeto de controversia, con lo que ha podido revelarse en él con toda fehaciencia lo que no ha cabido en los demás por su menor o nula notoriedad, es decir, la inconstitucionalidad de este modo de proceder.

La cuestión, fundamentalísima, que se plantea una vez afirmada la ineludible necesidad de controlar la constitucionalidad de los indultos absolutamente desprovistos de motivación, es cómo articular el control constitucional de tal acto del Gobierno, de tal RD de indulto. Descartando al propio beneficiario de la gracia que, parece evidente que no se verá inclinado a defender el orden constitucional contra su propio interés, frente a lo que de inmediato cabría quizá pensar no cabe que inste tal control el propio Tribunal sentenciador, sea el Supremo o cualquier otro, a la hora de aplicar el RD, mediante una cuestión de inconstitucionalidad; y ello por dos razones:

— porque el acto de aplicación del indulto no es un proceso que haya de concluir con un «fallo» que dependa del RD de indulto, sino sólo eso, una aplicación de un acto del ejecutivo;

— y porque no cabe la cuestión de constitucionalidad sobre «actos», que es lo que indudablemente resulta ser el RD de indulto, sino sólo sobre normas, tal y como dispone la LOTC.

Si no resulta posible un control concreto, parece que, por exclusión, el control de un acto del Gobierno que por falta absoluta de motivación puede considerarse frontalmente contrario a la Constitución en el principio varias veces mencionado, sólo podría ser el control abstracto. Para ello, como es obvio, resulta imprescindible entender que el indulto tiene valor de ley. Tal entendimiento, que contradice palmariamente la forma (Real Decreto) que porta el indulto (pero —repárese— no el órgano que lo emana: el Gobierno, que aprueba normas con rango y fuerza de ley, como son los Decretos-leyes) y que por ello puede suscitar un rechazo radical *a limine*, puede al menos considerarse, en mi opinión, si se atiende a algunos extremos:

— a que dicho RD no desarrolla ley alguna, sino que deriva *directamente* de la CE [(art. 62.i)] (46);

— a que su tacha será necesariamente de inconstitucionalidad (art. 9.3 CE),

(46) Idea capital, que supone un concepto de «acto con fuerza de ley» distinto del que apunta M. ARAGÓN REYES en su voz «Acto con fuerza de ley», *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, coordinados por él mismo, Tomo I, Civitas, 2001, págs. 341-343, para quien el criterio que resulta fundamental a la hora de considerar a un acto como de tal tipo es que en él intervenga el Parlamento: por mi parte entiendo que la nota que distingue estos actos, sea cual sea el órgano que los lleve a cabo, es la inmediatez respecto de la Constitución, esto es, la ausencia de norma intermedia entre el acto y el texto constitucional, de suerte que no hay otra posible referencia normativa para contrastarlo que no sea la Constitución misma.

sin que pueda serlo (en lo que a la inmotivación se refiere, que es de lo que se trata) de legalidad (y menos con la citada reforma de la LI de 1988, que ha suprimido, como criticábamos antes, la mención expresa a la necesidad de motivación);

— y a que incide plenamente sobre la labor (de juzgar y ejecutar lo juzgado) de un Poder sometido «únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE), de donde cabe inferir que un acto que incida de tal modo en esa función que pueda llegar a anularla totalmente, parece que debe tener una especial consideración en su «valor»: la consideración del mismo valor de la ley a la que —ha de recordarse: «únicamente»— están sometidos los Jueces que dictan la Sentencia y que la aplican, Sentencia que se ve anulada *ex post*, total o parcialmente, por el RD de indulto.

La solución que se propugna es, sin duda, por decirlo suavemente, llamativa (47), pero parece ser la única posible dada la ausencia de regulación procesal específica para casos como el que ha suscitado (y quizá siga suscitando) tanta polémica..., justamente por la complejidad que comporta tal ausencia de regulación. Lo ideal sería, por supuesto, regular un cauce *ad hoc* para tal tipo de casos. Pero, ante la inexistencia del mismo, la interpretación adaptativa apuntada aparece notoriamente mejor —siempre, reitero, al más modesto de los pareceres, que es el mío— que la de dejar incólume un acto del ejecutivo manifiestamente disconforme con la Constitución española en particular y, en general, con lo que debe ser la más correcta concepción del Estado *constitucional* de Derecho en los avanzados tiempos en los que nos encontramos.

(47) En particular, reitero, por la forma que adopta la gracia del indulto, de Real Decreto, que es una forma típicamente reglamentaria. Aprovechando la cita que acabo de hacer en la anterior nota, no obstante, apunto que M. Aragón entiende lo mismo (esto es, que tienen fuerza de ley) respecto de los Decretos del Gobierno de convocatoria de referéndum (art. 92.2 CE) y de declaración del estado de excepción (art. 116.2 CE), cuya previa autorización por el Congreso de los Diputados no les hace cambiar de veste.



CRÍTICA DE LIBROS

