

16 de junio de 2021

(...) [CARTA QUE MARIO CONDE DIRIGE A UNA PERSONA]

Como me has pedido paso a continuación a exponerte de manera estructurada mi opinión acerca de esta cuestión: a **quién corresponde en nuestra Constitución la potestad de ejercer la gracia, esto es, de conceder indultos totales o parciales**. Te anticipé que en mi opinión no corresponde al Gobierno sino al Rey. Esta conclusión se sustenta simplemente en un análisis meramente jurídico, incluso lógico-jurídico, pero carece de cualquier dimensión política, esto es, ni analiza ni contempla las posibles consecuencias de orden político que se derivan de una u otra interpretación. Digamos que existe una suerte de consenso entre la clase política —de derecha e izquierda, constitucionalistas e independentistas— acerca de que el rey constitucionalmente debe limitarse a “firmar” los indultos y que con arreglo a la Constitución no puede—y en consecuencia no debe— hacer otra cosa. No es esa mi conclusión y a continuación trato de razonarla.

-I-

LO JURIDICO-CONSTITUCIONAL

1. LA LEY DE INDULTO DE 1870 Y LA CONSTITUCION DE 1869.

La ley de Indulto es de 18 de Junio de 1870. Fue publicada en GACETA el 24 de Junio y comenzó su vigencia el 14 de Julio. No ha sido derogada, sino que, como diré, modificada posteriormente, así que la doctrina y la clase política la considera vigente como la norma básica para la regulación del derecho de gracia. Pues bien, esa Ley contiene una Exposición de Motivos, en la que pueden leerse estas clarificadoras palabras:

*“En el artículo 73 de la Constitución del Estado se **otorga al Rey** la facultad de conceder indultos particulares con sujeción a las leyes. Es, por consiguiente, manifiesto que debe haber una Ley con arreglo a cuyas disposiciones **la Corona ha de ejercer tan preciosa prerrogativa**”.*

La dicción es clara y terminante: la facultad de conceder indultos se otorga constitucionalmente al Rey, y remata el aserto sosteniendo que es la Corona quien ejerce esa “preciosa” prerrogativa. No voy a a extenderme aquí en un análisis histórico acerca de cómo el Rey Absoluto cede sus competencias judiciales pero consigue preservar dos prerrogativas sustanciales: la inmunidad judicial (el Rey no responde) y la facultad de perdonar, lo que implica, en ambos casos, situarse por encima del poder judicial, lo primero porque no existe tribunal capaz de juzgarle y lo segundo porque diga lo que diga un tribunal al condenar el Rey puede perdonar. No me voy, como digo, a extender en un análisis histórico que solo serviría para

ratificar que esa evolución conduce a la conclusión de esta Exposición de Motivos: la “preciosa” prerrogativa corresponde al Rey.

Una primera aproximación: ¿decimos que esta es la Ley vigente? Sí. ¿Deberíamos interpretarla integralmente? Jurídicamente sí. ¿Deberíamos, entonces, tomar en consideración como punto de partida estas palabras de su Exposición de Motivos? Creo que es obligado hacerlo. Pero sigamos. Lo cierto es que a pesar de esas palabras de la Exposición de Motivos, el artículo 30 de la citada Ley establece con total claridad.

Art. 30.

*La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en **decreto motivado** y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta.*

Con arreglo a ese precepto no hay duda: es el Consejo de Ministros quien ejerce la potestad, esa “preciosa prerrogativa” y su “decreto motivado” es la vestimenta jurídico constitucional de la decisión adoptada. No se menciona absolutamente para nada al Rey ni a la Corona que quedan al margen del proceso. ¿Como entender que en la Exposición de Motivos se diga tan clara y rotundamente que la prerrogativa corresponde al Rey —a la Corona— y, sin embargo, en el texto articulado ni se le mencione y todo el poder recaiga en el consejo de Ministros? ¿No es una contradicción? Para resolver ese interrogante hay que entender el momento histórico de España cuando se aprueba esa Ley: España no tiene Rey, no existe persona titular de la Corona.

El Gobierno Provisional de 1868-1871 se formó en España tras el triunfo de la Revolución de 1868 —la Gloriosa—, que puso fin al reinado de Isabel II. Integra la primera parte de lo que ha venido en llamarse el Sexenio Democrático (1868-1874) que se suele subdividir en dos etapas:

1. La primera, caracterizada por la elaboración de la nueva Constitución de 1869 bajo un gobierno provisional integrado por las fuerzas políticas firmantes del Pacto de Ostende que protagonizaron la Gloriosa: el Partido Progresista encabezado por el general Juan Prim y la Unión Liberal liderado por el general Francisco Serrano, y del que finalmente quedó fuera el tercer partido firmante del pacto, el Partido Demócrata, que se transformaría en el *Partido Republicano Federal*.

2. La segunda, que comenzó con la aprobación de la nueva Constitución en junio de 1869 y el nombramiento como regente del hasta entonces presidente del Gobierno Provisional, el general Serrano, asumiendo el general Prim la presidencia del Gobierno, y que terminó el 2 de enero de 1871 con el juramento ante las Cortes Constituyentes del nuevo rey elegido por él, Amadeo I de Saboya.

Por tanto, todo claro: tenemos una Constitución, la de 1869, que consagra la potestad regia de indulto. Tenemos una Ley, la de 1870, que desarrolla la Constitución en ese punto y remacha que corresponde al Rey, como persona, y a la

Corona, como institución, el ejercicio de la preciosa prerrogativa. Pero, claro, no tenemos Rey. La Corona está vacante. Solo queda el Gobierno, el Consejo de Ministros, y a él hay que referir. Si no hay Rey, como es el caso, sólo el Consejo de Ministros puede ejercer el indulto. No hay contradicción entre Exposición de Motivos y texto. Simplemente no hay Rey. ¿Y qué sucedería si tuviéramos Rey? Pues lógicamente que se aplicaría la Exposición de Motivos. ¿Habría que modificar el articulado legal? Pues sí. ¿Se ha hecho tal modificación? Pues sí. Enseguida lo comento.

Pero por un segundo detengámonos en la Constitución de 1869, simplemente para entender lo costoso de atribuir al Rey esa prerrogativa.

Las sesiones de las Cortes Constituyentes dieron comienzo el 11 de febrero de 1869. El general Serrano, que fue refrendado como presidente del Poder Ejecutivo, las abrió con su discurso. El general Prim aseguró que «la dinastía caída no volverá jamás, jamás, jamás». Esa dinastía caída era la dinastía borbónica que había llegado a España con Felipe V. A pesar de la admonición del famoso general, hoy la dinastía se encuentra de nuevo en España y su titular, como Rey de España, es, precisamente Felipe VI.

Se ha dicho que “La Constitución del 69 no sólo era la más liberal de las que se habían promulgado en España, sino que también se colocaba a la vanguardia de las europeas de ese momento. Tenía claras influencias de la Constitución norteamericana...” Sin embargo, “a pesar de que consignaba los principios básicos de la revolución, sufragio universal y libertades individuales, no satisfizo a casi nadie. Los republicanos se opusieron al principio monárquico, los católicos a la libertad religiosa, los librepensadores al mantenimiento del culto. Pareció demasiado avanzada a muchos y tímida a otros. Pues con todo y eso consagraba la prerrogativa real del derecho de gracia.

Con estos antecedentes entendemos que es una tradición del constitucionalismo español otorgar la “preciosa prerrogativa” de la Gracia al Rey, a la Corona, y con este sentimiento abordemos la Constitución Española de 1978.

2. LA CONSTITUCION DE 1978

No disponemos de una Exposición de Motivos. No he podido consultar antecedentes en las Cortes acerca de si se trató el tema del derecho de gracia de modo expreso en las deliberaciones o si existe documentación al respecto. No he podido hacerlo así que no tengo mas alternativa que trabajar directamente sobre el texto constitucional y sobre los dos artículos básicos en este punto: el artículo 62 y el artículo 102

El artículo 62 define, concreta y precisa las atribuciones constitucionales del Rey. Pensemos un segundo en que nuestra Constitución no se elabora en el vacío.

Mientras se estudia y debate tenemos un Rey, Don Juan Carlos, nombrado por las Cortes a propuesta del anterior Jefe del Estado y que dispone de una serie de poderes con arreglo a la normativa anterior. Por tanto, la Constitución de 1978 va a redefinir esos poderes, sustrayendo del ámbito de la Corona los que considera no deben residenciarse en ella. Y eso, en hermenéutica jurídica, nos lleva a interpretar restrictivamente la limitación o recorte, de modo que las disposiciones reguladoras de las funciones del Rey deben interpretarse con ese criterio. No digo políticamente. Digo jurídicamente, que se tenga claro.

Pues bien, en ese precepto constitucional hay dos apartados que tienen que interpretarse conjuntamente para entender correctamente el alcance de las funciones regias en general y en el tema del indulto en particular. El primero es el apartado f) que literalmente dispone:

“ Expedir los decretos acordados en Consejo de Ministros....”

Imagino que en los debates los constituyentes tuvieron especial cuidado en el lenguaje utilizado para ni más ni menos que definir poder, en este caso el Poder de la Corona. Y acudieron a esta palabra “expedir”. ¿Qué significa “expedir”? Muy importante, claro, porque según su alcance tendrá más o menos poder la Corona. Pero el término es muy claro, según el Diccionario de la Real Academia, según el lenguaje popular, según la cultura lingüística española, expedir equivale a dar curso, despachar, remitir, enviar. No cabe duda de que se pensó mucho el lenguaje y si se utilizó esta palabra es porque conocían a la perfección su significado y con ese significado y su correspondiente significado definieron ni más ni menos que la relación entre el Consejo de Ministros y la Corona.

El Rey se limita a “expedir” los acuerdos del Consejo de Ministros. ¿Puede discutirlos? No. ¿Puede contradecirlos? No. ¿Se le imponen necesariamente? Sí. Entonces ¿en qué consiste materialmente “expedir”? Pues simple, sencilla y llanamente en firmar para ser enviado al Boletín Oficial del Estado. ¿Y eso afecta a todas las decisiones del Consejo de Ministros? Con arreglo a la dicción constitucional sí, absolutamente a todas. En este precepto el Rey es un mero expendedor de los acuerdos del Consejo de Ministros. El Rey reina, pero no gobierna, simplemente “expide”.

Pero el propio texto del artículo 62 consagra una excepción a esa regla de “expediduría”. Es el apartado i) cuyo tenor literal es el siguiente:

i) *Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.*

Vamos a ver: ¿no hemos quedado en que el apartado f) regula las relaciones entre el Rey el Consejo de Ministros? Sí. ¿Y hemos definido que debe limitarse a “expedir” sus decisiones? Sí. ¿Entonces a qué viene este apartado i)? Pues no hay más remedio que interpretarlo coherentemente: a establecer una excepción a la norma. Si no quisiera ser una excepción los constituyentes lo tendrían muy claro: se acuerda la

gracia en Consejo de Ministros y el Rey se limita a expedir el acuerdo, esto es, firmarlo y enviarlo al BOE.

Pues no. Se ha querido excepcionar y ni mas ni menos que en el texto constitucional.

Es la única excepción a la regla de expedir cuando de decisiones del Consejo de Ministros se trata, aunque es verdad que también puede el Rey nombrar libremente al personal de su Casa.

Pues tenemos claro que en los asuntos normales el Rey “expide” pero cuando se trata del indulto no “expide” sino que “ejerce”. Alguien podría decir: “ejercer” es sólo una forma de hablar, nada más. Como poder decir, se puede sostener lo que uno quiera, sobre todo si sustituye la lógica y la hermenéutica jurídica por la conveniencia política. Pero, claro, esa interpretación no se sostiene. Primero porque en una Constitución las palabras se miden con lupa y cuando se trata de definir poder con mucha mayor razón. Así que ejercer es ejercer, pese a quien le pese. Y, además, no cabe más que esa interpretación porque el apartado f) excepciona al apartado i) y si excepciona es por algo y ese algo es rotundo y claro: porque en el derecho de gracia no “expide” sino que ejerce. ¿Y qué alcance como significado tiene es significante? ¿Vamos al Diccionario de la Real Academia? Pues bien nos encontraremos con esto:

“ Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión.”

Parece claro. Veamos esta otra definición:

“Hacer uso de un derecho, capacidad o virtud”.

¿Sabían los constituyentes el significado de “ejercer”? No queda mas remedio que responder que sí. ¿Y conocían la diferencia entre “ejercer” y “expedir”? Pues no puedo sino entender que sí. Pues está claro: en los asuntos normales el rey expide las decisiones del Consejo de Ministros, pero en el caso del derecho de gracia no “expide” sino que “ejerce” y eso significa esto: *decide*, porque la potestad, esa “preciosa prerrogativa”, es suya.

¿Disponemos de algún soporte adicional a esta conclusión? Bueno, es, como antes decía, la línea constante del constitucionalismo español, incluso en una constitución tan singular como la de 1869, así que la coherencia histórica nos lleva de la mano a la conclusión obtenida sobre el artículo 62. Pero vayamos por un momento al artículo 102. Ese precepto tiene un apartado, el número 3, que literalmente dice:

3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo.

Pues la Constitución Española utiliza la misma expresión que la de 1869 y la Exposición de Motivos de la propia Ley de 1870 que se declara vigente. Consagra la “prerrogativa real”. No utiliza la expresión “preciosa” porque quizás nuestros constituyentes de 1978 dispusieran de menor sentido poético que los redactores de la ley de 1870, pero, poesía aparte, el término es tan claro que admite poco debate. ¿Si el rey se limitara a “expedir” el decreto de indulto, habría la Constitución

española utilizado la expresión “prerrogativa real de gracia”? Parece evidente que no, al menos me lo parece, ¿Sería una preciosa *prerrogativa de gracia* limitarse a “expedir” la decisión del consejo de Ministros? No, no sería una prerrogativa preciosa sino una obligación real mas bien tediosa.

Pensemos. El indulto es una derogación del principio de separación de poderes y, por tanto, implica que el Poder Ejecutivo se sitúa por encima del Poder Judicial. La sentencia puede condenar, pero si el ejecutivo puede “perdonar” y hacer que la sentencia no se cumpla en todo o en parte, lo tenemos claro. La única limitación a ponerse por encima reside, precisamente, en que si el informe obligatorio del tribunal, es negativo, no puede acordarse indulto total sino que necesariamente tiene que ser “parcial”. ¿Qué es parcial? ¿Alguna definición? Pues no. Por ejemplo, si se condena a alguien a nueve años de prisión y se le indultan 8 años y seis meses, ¿es un indulto parcial? A falta de una definición que desconozco, la respuesta no cabe sino positiva. ¿Es entonces mas una mera formalidad que otra cosa? Pues eso me parece.

Precisamente por ello, porque rompe el postulado de la separación de poderes, es por lo que se está pretendiendo, con mayor o menor éxito, y con mejor o peor argumentario lógico, jurídico e histórico, sostener que el Tribunal Supremo puede revisar “el fondo” de la decisión de indultar. Me da la sensación de que se están equivocando conceptos elementales y dejando de comprender que es históricamente la prerrogativa de gracia, pero, en fin, simplemente a efectos dialécticos admitamos que el Tribunal Supremo anula el decreto de indulto. ¿Eso impediría al Gobierno volver a tramitarlo? No parece. ¿Y volver a anularlo? Pues eso dicen quienes tal cosa sostienen. ¿Caeríamos en un conflicto institucional permanente? Pues sí, esa sensación da. ¿Y eso como se soluciona?

Vamos al artículo 56 de la Constitución Española que literalmente dice:

*“1. El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, **arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones**, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes*

Pensemos: el Gobierno quiere indultar y el Tribunal Supremo dice que el indulto es “indeseable”. ¿Es eso un conflicto institucional? Pues eso parece. ¿Qué debe hacer el Rey? “Arbitrar y moderar el funcionamiento regular”. ¿Y eso qué tiene que ver con el indulto y la prerrogativa de gracia? Pues es muy claro: al situar el indulto al ejecutivo por encima del poder judicial, se puede dar conflicto institucional y se evita si la prerrogativa de gracia se ejerce por alguien por encima institucionalmente de ambos, esto es, el Rey. Entendamos que el indulto es un caso límite, extraordinario, de fuerza descomunal en contra de la separación de poderes. ¿No es normal que se atribuya al Rey que está por encima de ambos a estos efectos?. Me lo parece a mí. Pero da igual lo que a mí me parezca; lo importante es que eso es lo que se deduce de la Constitución. El Rey ostenta constitucionalmente la prerrogativa

de gracia. Y su atribución de tal prerrogativa encaja de pleno con el postulado de arbitrar y moderar el regular funcionamiento de las instituciones. Y si hay conflicto entre el Ejecutivo y el Judicial, el Rey ejercerá la prerrogativa de gracia del modo que considere mas conveniente para los intereses de España y para la estabilidad institucional. ¿Acaso no tiene todo el sentido esto que digo que es, precisamente, lo que dice la Constitución?

Nos queda un punto: he dicho que la Ley que rige el indulto es de 1870. He señalado que en su Exposición de Motivos habla de la prerrogativa real de gracia, pero que en su articulado no menciona al rey. Demostré que no lo hace porque en ese momento histórico carecemos de Rey. Ahora ya lo tenemos. ¿Qué hacer? Pues lo evidente: entender que esa Ley es anterior a la Constitución y sus preceptos deben interpretarse conforme al texto constitucional vigente. Es obvio, sobre todo cuando nuestro texto constitucional consagra el mismo principio que la Exposición de Motivos de la ley de 1870 y la Constitución de 1869: la prerrogativa real de gracia.

Y es que además, la Ley de 1870 se modificó, como antes expuse, por la Ley 1/1988 de 14 de Enero. Uno de los articulo modificados, precisamente para adaptarlos al texto constitucional de 1978, fue el artículo 30. Y así dice el artículo tercero de la ley modificadora:

En el artículo 30, la palabra «Gaceta» queda sustituida por «Boletín Oficial del Estado», y las palabras «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros», por «Real Decreto».

Así que el Decreto ya no necesita ser motivado.... y ya no es “acordado en Consejo de Ministros, sino que es un Real Decreto. Es coherente con la constitución. ¿A qué decreto real se refiere? Pues obviamente al del apartado i) del artículo 62. Y este sí que es “Real” de toda realeza.

-II-

LO POLITICO

No voy a extenderme, querido (...) en lo político para no distorsionar el texto. Sucede que las fuerzas independentistas mantienen a rajatabla que el Rey es un “mandao” del Consejo de ministros, de modo que si no firma los decretos de indultos tendría que abdicar... Está claro que el independentismo, para lograr sus fines, es capaz de sostener lo que sea, incluso que amanece por el Poniente y se pone el sol por el Levante

Lo curioso es que el constitucionalismo parece sostener lo mismo. Constitucionalismo e independentismo son coincidentes en atribuir al rey la misión de “expendedor” de algo tan serio como lo es la prerrogativa de gracia. Me pregunto si se han leído la Constitución o se limitan a repetir mantras elaborados

por otros, lo que, por cierto es tan —desgraciadamente— habitual en eso que llaman “modo de pensar español”. Estamos ante un momento muy delicado para la Corona, la Unidad de España y la vida en este país.

El Rey, según constitucionalistas e independentistas, debe limitarse a expedir el indulto a quienes atentan deliberada, consciente y recalcitrantemente contra la Unidad de España (*“El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia”*), contra la Monarquía como forma de Gobierno (*“República catalana y régimen corrupto”*) y contra su propia persona, Felipe de Borbón, a quien se vitupera, se insulta, se declara persona no grata, se le arrebatan títulos (Príncipe de Gerona) y se le ningunea constantemente (¿no es ningunearnos a los demás españoles?), señalando que los catalanes no le consideran su Rey. Pues con todo esto Felipe VI, Rey de España, debe limitarse a “expedir” el indulto "singular" a cada una de esas personas....

Quizás no fuera absurdo antes de zanjar esta cuestión que quedara claro de una vez para siempre quién tiene la potestad de gracia, la preciosa prerrogativa. Quizás antes de firmar debería recabarse dictamen del Tribunal Constitucional. La situación es muy límite: si el rey “expide” muchos monárquicos —muchos españoles monárquicos o no— dirán, ante la gravedad del caso, ¿para que sirve el Rey? Si no “expide” los independentistas (y lamentablemente muchos constitucionalistas) dirán que ha incumplido sus funciones constitucionales.... ¿Alguien querrá poner fin a este laberinto en el que tanto nos jugamos los españoles?