

El indulto como mercancía

POR DANIEL BERZOSA

Una mercancía, según el Diccionario, es una «cosa mueble que se hace objeto de trato o venta». Un producto destinado al consumo para satisfacer una necesidad humana. Pese a ello y no sin perplejidad, el Código de Comercio, aunque la nombra muchas veces, no recoge una definición de mercancía. Fiódor Dostoievsky proyecta su esencia para expresar la corrupción de alguna ética existencial —en caso de haberse regido o haberse querido regir alguien por ella en algún momento de su vida—. Escribe en «Crimen y castigo»: «Se vende todo, ahogamos nuestro sentido moral. Llevamos al mercado la libertad y la conciencia. Nos convencemos de que es lo normal». Traducido: mercadear con todo es regla de vida y, esencialmente, aún más, de la política profesional, publicitaria o mercadotécnica del presente.

Como el valor de la mercancía no depende solo de lo que se entrega, sino del momento en que se entrega o el lugar donde se recibe o de ambas cosas (por ejemplo, no es igual recibir hoy mil euros y devolverlos dentro de un año, que recibirlos y entregarlos simultáneamente), el Gobierno, acuciado por la necesidad de aprobar los presupuestos generales del Estado cuanto antes, ya no puede guardarse existencias en la trastienda, sino que ha de ofrecer todas sus mercancías en el mostrador de quienes han de darle sus votos para aprobarlos. En esta ocasión, se trata de los diputados de ERC y JxC.

—A precio de saldo, si es necesario.

—¡Faltaría plus!

Así, se entiende sin sorpresa que el Gobierno haya anunciado de repente la impostergable tramitación de una solicitud de indulto en favor de los condenados del «Procés», que se registró... el 24 de diciembre de 2019. Pero el indulto no es o no debería ser —una vez más, el «sein» y el «sollen» kelsenianos— tratado como una cosa mueble más, como un bien objeto de intercambio comercial más, como una mercancía más. Y, menos, cuando lo que está en juego es la Nación española, su soberanía, su unidad, su libertad, su democracia, su Estado constitucional, que son de todos sus ciudadanos.

El derecho de gracia no es una potestad gubernamental, sino una función del Rey. Está regulado en el Título II (De la Corona) y no en el Título IV (Del Gobierno) de la Constitución. Claro es que, en una Monarquía parlamentaria, la decisión sustancial y política de indultar corresponde al Gobierno. Conceder un indulto supone otorgar el

perdón de un delito, mediante la reducción o la anulación de la pena. En consecuencia, debe ser excepcional y, desde que el Tribunal Supremo ha intervenido en su control contencioso-administrativo, se ha reducido drásticamente.

Aunque el indulto hunde sus raíces en el poder absoluto del monarca del Antiguo Régimen, «sigue teniendo sentido en un moderno Estado democrático de derecho. Así lo demuestra que la mayor parte de los ordenamientos occidentales reconocen el derecho de gracia». Es un instrumento de la política; pero, aun siendo así, «no pertenece al círculo de los actos que la Constitución diseña como esencialmente gubernamentales y, por tanto, los límites que la ley —o esta Sala, interpretando rectamente la ley— le imponga no pueden ser vistos como inaceptables intromisiones en la esfera constitucionalmente garantizada de atribuciones del Gobierno» (Luis Díez-Picazo Giménez).

Y, de hecho, desde 2013, por una decisiva sentencia de la Sala Tercera en Pleno, obra del magistrado Rafael Fernández Valverde, el indulto dejó de ser una facultad libérrima del Gobierno. El Tribunal Supremo eliminó su posible consideración como un acto político al margen del control judicial: «Sí debemos enjuiciar si las razones de Justicia, equidad o utilidad pública cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que corresponden al expediente..., pues de otra forma la absoluta inutilidad del expediente de indulto sería clamorosa».

Mediante un recurso contencioso-administrativo, que puede interponer *cualquiera* de las partes del proceso penal concernido, se puede revisar «si la concreta decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente, pues ha sido el propio legislador el que ha limitado la citada discrecionalidad a la hora de ejercer la prerrogativa de gracia materializada en el indulto, estableciendo las razones a las que ha de responder el mismo, las cuales deben constar en el Acuerdo de concesión». Y si resulta que «se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica», el real decreto de indulto debe ser anulado.

Por otro lado, ya la *Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto* (modificada en 1927, 1988 y 2015) es meticulosa (no deja la decisión al arbitrio del Gobierno) y establece que deben constar los informes del Ministerio Fiscal y el Establecimiento Penitenciario y, en su caso, del ofendido, y, sobre todo, el informe previo del tribunal sentenciador, que habrá de tener en cuenta todas las circunstancias del caso «y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado». Sería absurdo liberar de la pena a quien persistiese en el propósito que le llevó a delinquir.

—Empezamos bien, cuando lo primero que rajan es «lo volveremos a hacer».

—Ya ve.

En este sentido, es revelador el informe desfavorable de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la solicitud de indulto del exjuez Garzón; porque funda la negativa en que «en el expediente no aparece y tampoco le consta al Tribunal como hecho notorio ningún signo de que el penado haya mostrado arrepentimiento, entendido como expresión del retorno voluntario al orden jurídico vulnerado con su acción delictiva».

Como ha escrito Tomás-Ramón Rodríguez Fernández, «el artículo 9.3 de la Constitución prohíbe categóricamente la arbitrariedad, lo que significa que en nuestro sistema jurídico-político no tiene cabida el poder desnudo, simple expresión del capricho, la voluntad y la fuerza de quien lo detenta, y que no hay más poder legítimo que el que cuenta con el fundamento adicional de la razón, esto es, el que se presenta en su ejercicio como expresión de una voluntad racionalmente fundada».

—Entonces, ¿puede el Gobierno, en suma, el presidente del Gobierno, conceder el indulto a los condenados del «Proceso»?

—Por poder puede; pues la forma que adopta es la de real decreto y, visto el panorama, haría firmar el decreto al Rey sí o sí. Pero tiene muy serias posibilidades de encontrarse con la oposición de los informantes, de que sea recurrido y anulado.

—Y usted, ¿por dónde cree que va a ir el mercadeo exitoso?

—Por la vía de la reforma o supresión de los delitos de sedición y rebelión.