

INDULTO. ALCANCE DEL DERECHO DE GRACIA (Comentario a la STS de 20 de febrero de 2013)¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

El Tribunal Supremo considera que el indulto, en su día concedido a un alto cargo de una entidad bancaria por parte del Gobierno en 2011, constituye una clara extralimitación del poder conferido al Ejecutivo por la Ley de Indulto de 1870, *ultra vires* competencial que se manifestó al extender sus efectos a unas consecuencias de índole administrativa y no penal, no contemplados en la ley. De esta manera a través de la prerrogativa del indulto se ha producido una intromisión del Gobierno en el resultado de un proceso penal al anular cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria, declarando la ilegalidad del real decreto de indulto toda vez que la ley no autoriza a condonar una cosa distinta de la pena o penas impuestas, excepcionándose singularmente a los indultados del requisito de honorabilidad establecido en el Real Decreto 1245/1995, requisito del que carece el que tiene antecedentes penales.

Palabras claves: indulto, alcance del derecho de gracia, efectos, problemas de legitimación y consecuencias penales y administrativas.

Fecha de entrada: 11-03-2013 / Fecha de aceptación: 12-03-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en la *Revista Ceflegal (Legislación y Jurisprudencia)*. CEF, núm. 147, abril 2013.

PARDON. SCOPE OF THE RIGHT OF PARDON (Comment on the Supreme Court of 20 February 2013)

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

ABSTRACT

The Supreme Court considered that the pardon granted to a senior official of a bank by the government in 2011, is a clear overreach of executive power vested in the amnesty law of 1870, ultra vires powers which manifested itself by extending its effects some consequences in administrative, not criminal, not covered by the Act thus through the prerogative of mercy has been a government interference in the outcome of criminal proceedings to annul any impediment to exercise banking, declaring the illegality of the Royal Decree of pardon given that the Act does not authorize something different remit the penalty or punishment imposed, giving pardoned exception to the requirement of good repute laid down in RD 1245/1995, which lacks the requirement that has a criminal record.

Keywords: pardon, reach the right of pardon, effects, problems of legitimation and criminal and administrative consequences.

Fieles a nuestra tradición de comentar sentencias de actualidad, nos adentramos en el análisis pormenorizado de una reciente sentencia del Tribunal Supremo relativa al derecho de gracia, más concretamente al indulto, que por su interés va a centrar el objeto del presente comentario.

Nos encontramos con el Real Decreto de 25 de noviembre de 2011, en virtud del cual el Consejo de Ministros acuerda indultar al consejero delegado de una importante entidad bancaria, conmutándose la pena de arresto mayor con la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias financieras impuestas, y lo que es más importante, declarando por mor del indulto, en el último inciso del real decreto, que quedan sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria, a condición de que no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de cuatro años desde la publicación del real decreto de indulto, previsión que ha permitido que hasta la fecha el citado consejero delegado siga desempeñando sus funciones.

Y es que a los efectos que aquí nos interesan, debemos tener muy presente ya desde el inicio del presente comentario que el artículo 2.1 f) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, establece como requisito para ejercer la actividad bancaria el contar con un consejo de administración integrado por personas que sean de reconocida honorabilidad comercial y profesional, precisando el apartado 2 del citado precepto que concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias, entendiéndose que, en todo caso, carecen de tal honorabilidad quienes, en España o en el extranjero, tengan antecedentes penales por delitos dolosos, y estén inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades, y esto es lo que el decreto de indulto pretende dejar sin efecto para uno de los indultados.

De esta manera el inciso final del real decreto, en lo que afecta al requisito de honorabilidad para el ejercicio de la actividad bancaria, es crucial para la comprensión y decisión de la decisión final del Tribunal Supremo. Recordar que el delito por el que fue condenado el indultado fue el de acusación falsa siendo condenado a la pena de tres meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de profesiones y oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras. Y es que a sabiendas de la falsedad de los hechos presentó una falsa querrela por estafa y alzamiento de bienes contra tres clientes de la entidad bancaria de la que era responsable con la única finalidad de cobrar unos créditos, querrela que finalmente provocó la condena y encarcelamiento de los clientes por parte de un juez, que posteriormente fue condenado por un delito de prevaricación.

Importante precisar el objeto del recurso, pues resulta ajeno al contenido esencial del indulto referido a la condonación de las penas y se proyecta única y exclusivamente sobre aquella parte que excede del aspecto nuclear, que son las consecuencias que en el ámbito de la actividad bancaria tiene el alcance del real decreto de indulto, de manera que se considera que el Gobierno se ha excedido en sus competencias yendo más allá de lo que supone el derecho de gracia, de manera que se considera que se ha incurrido en un fraude de ley, pues lo que se está haciendo es que a través de un indulto se está impidiendo que el Banco de España lleve a cabo su mandato regulador e inspector que le atribuye el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, pues en definitiva lo que se trata de evitar es que personas en las que por mor de una condena penal se ha puesto en entredicho su honorabilidad comercial y profesional puedan desempeñar altos cargos en entidades bancarias.

Tanto el abogado del Estado como el banquero indultado tratan de oponer todos los obstáculos procesales posibles a fin de que por parte del Tribunal Supremo se procediera a inadmitir el recurso, destacando entre ellos la falta de legitimación de las tres personas que «padecieron» la querrela por unos hechos falsos para recurrir el indulto, falta de legitimación que se fundamentaría en una pretendida disociación entre la condena penal y el indulto, de manera que centrar el objeto del recurso en apartar a una persona de su actividad profesional no guarda relación alguna con el bien jurídico protegido por la norma penal.

Sin embargo, el Alto Tribunal no acoge esta oposición formal del recurso al considerar que no se les puede exigir a los ofendidos que se deban mantener imperativamente pasivos cuando el indulto va más allá de los límites en los que se ha de mover, de manera que el delito de acusación falsa por el que los indultados fueron condenados, y del que los recurrentes fueron víctimas, se realizó en el ejercicio de una determinada actividad profesional, la bancaria, de donde resulta que no es ilegítimo que quien lo sufrió pretenda mantener apartados de dicha actividad a los indultados.

También está el tema de la naturaleza del acto político del indulto y la dificultad de su control judicial. Pues bien, el Tribunal Supremo nos recuerda que aun partiendo de lo que supone en cuanto a prerrogativa residenciada del Gobierno no le resulta ajeno al ordenamiento jurídico determinados aspectos esenciales del ejercicio de esta potestad graciable en cuanto a límites y requisitos que establecen la Constitución y las leyes, eso sí reconociéndose que en esencia no es fiscalizable de una manera íntegra, sino limitada.

A partir de aquí queda expedito el camino del Tribunal Supremo para revisar si el real decreto de indulto sobrepasó los límites reglados que pueden ser objeto de revisión por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comienza por hacer una labor didáctica exponiendo las normas constitucionales y legales reguladoras del derecho de gracia, exposición en la que ya se atisban «las ganas» del Tribunal Supremo de estimar el recurso y anular esa parte del indulto que constituye el objeto de la pretensión. Resulta revelador este fragmento de la sentencia: «Así, según nuestra Constitución el derecho de gracia se ejerce con arreglo a la ley y la ley señala que el indulto se extiende a toda o parte de la pena en que hubiesen incurrido los reos de toda clase de delitos, pero a nada más. Este sencillo planteamiento discursivo, basado en estas dos normas, permite resolver nuestro asunto litigioso. La Constitución quiere que esta prerrogativa excepcio-

nal solo pueda ejercerse dentro de un determinado marco legal y el que tenemos establecido (la ley de 1870), en relación con las condenas por delito, no permite más indulto que el de la pena. Llevar más allá la extensión de la gracia no solo contraviene la ley que la ordena, sino la propia Constitución», conclusión que bastaría para fundamentar que el Gobierno ha incurrido en un claro *ultra vires*, debiendo estimarse el recurso, pese a lo cual el Tribunal Supremo continua con su argumentación a fin de rebatir punto por punto lo opuesto por los indultados.

Resulta un tanto extravagante una de las tesis sostenidas por uno de los indultados, que considera que el Gobierno puede extender el alcance del indulto a todo aquello que no esté expresamente prohibido, argumentación que con toda lógica es rechazada por el Tribunal Supremo. En este sentido se considera que existe «una diferencia sustancial entre la prerrogativa de gracia aceptada en el Estado constitucional con la *indulgentia principis* propia de la Roma imperial o de las monarquías absolutas, cuyo ejercicio y extensión no respondía a más voluntad que la de su titular. De acuerdo a nuestra Constitución el derecho de gracia se ha de ejercer con arreglo a la ley y es esta la que señala que el indulto se extiende a toda o parte de la pena en que hubiesen incurrido los reos de toda clase de delitos, pero a nada más.

Como es sabido, el Gobierno puede derogar o modificar un reglamento por vía general en virtud de la potestad reglamentaria reconocida en el artículo 97 de la Constitución, pero lo que no puede hacer es excepcionar, para personas concretas, un mandato general contenido en una norma reglamentaria, pues el Gobierno está también obligado a respetar las normas, incluso aquellas que nacen de su propia potestad normativa. Esta prohibición de la posibilidad de derogación de los reglamentos por actos singulares, que confirma el principio de legalidad que ha de regir toda actuación del Gobierno y la Administración, se concreta en diversas normas sectoriales de nuestro ordenamiento jurídico.

Y es que entramos de lleno en lo que se ha venido en llamar en el ámbito del Derecho Administrativo la inderogabilidad singular de los reglamentos, de manera que no resulta posible que un real decreto, en este caso de indulto, pueda derogar de manera singular y específica para un solo supuesto otro real decreto, el 1245/1995, de 14 de julio, que establece los requisitos de la honorabilidad, pues no es dado al poder ejecutivo con ocasión del ejercicio de su competencia sobre el derecho de gracia derogar una disposición de carácter general a fin de beneficiar a un sujeto particular por más que el rango normativo de esta resolución específica lo permita formalmente.

De esta manera un indulto, por mucha forma de real decreto que tenga, es una disposición singular que solo puede tener el alcance que le permita su ley habilitante (reducir la concreta condena penal), pero sin que pueda ir más lejos y modificar las consecuencias que están previstas en otras disposiciones generales que la toman simplemente como referencia. En esta tesitura el inciso del real decreto de indulto controvertido solo puede ser interpretado en un doble sentido: o bien que elimina los antecedentes penales de los indultados para evitar las consecuencias administrativas previstas en la normativa bancaria; o bien que, sin eliminarlos, excepciona singularmente a los indultados del requisito de honorabilidad establecido en el Real Decreto 1245/1995, requisito del que carece el que tiene antecedentes penales.

Tras elucubrar un tanto, se afirma que un acto del Gobierno, como es el indulto y por muy político que sea, no puede excepcionar la aplicación de las leyes, haciendo desaparecer el rastro administrativo de la condena sin que hayan transcurrido los plazos legales de cancelación, no resultando admisible por contravenir el ordenamiento jurídico que a través del indulto se eliminen los antecedentes penales, debiendo recordarse que los antecedentes penales no son una consecuencia anudada a la pena, sino a la condena penal, a la sentencia, resolución que no se limita a imponer una pena, sino que también declara la existencia de un delito y la participación que en él ha tenido el condenado, además de otros pronunciamientos como la responsabilidad civil o las costas.

No es admisible pues, por contravenir el ordenamiento jurídico, que a través del indulto se eliminen los antecedentes penales. Luego veremos si se pueden eliminar, en casos concretos, los efectos derivados de tener antecedentes penales. En este sentido uno de los codemandados trae a colación una sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 2001 relativa al indulto a un miembro de la carrera judicial en el que también se suscitó el tema de las consecuencias administrativas de tal indulto, lo que tampoco convence al Tribunal Supremo pues en tal ocasión se declaró de manera rotunda y taxativa que si bien la competencia sobre el alcance del indulto sobre la pena ejecutada correspondía al Gobierno, las cuestiones relativas al reintegro a la carrera judicial procede en el ejercicio de sus competencias al Consejo General del Poder Judicial, cuestión esta que, en el presente caso, salvadas las diferencias no aconteció toda vez que ab initio se privó al Banco de España de todo pronunciamiento acerca del cumplimiento de honorabilidad contemplado en el Real Decreto 1245/1995, pues el real decreto de indulto, recordemos, declaró sin dejar lugar a la duda que quedaban sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria.

Así se concluye que el Gobierno, a través de la prerrogativa de gracia, configurada en la Ley de Indulto de 1870 como potestad de resolución material ordenada exclusivamente a la condonación total o parcial de las penas, ha derogado o dejado sin efecto, para dos casos concretos (los dos indultados), una norma reglamentaria, excepcionado singularmente su aplicación, lo que supone incurrir en la prohibición contenida en el artículo 23.4 de la Ley del Gobierno y constituye una clara extralimitación del poder conferido por la Ley de Indulto al Gobierno, siendo ambas circunstancias determinantes de la nulidad de pleno derecho de los referidos incisos.