

## II. EXTRANJERO

### LA CLEMENCIA EN ITALIA: AMNISTIA E INDULTO \*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA AMNISTIA Y EL INDULTO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: 1. *Naturaleza jurídica de la amnistia*. 2. *El indulto en el ordenamiento jurídico italiano: Naturaleza jurídica*. 3. *El procedimiento de concesión de amnistias e indultos: El artículo 79 de la Constitución. Las interpretaciones doctrinales. La naturaleza de la delegación del Parlamento del artículo 79 cost.* 4. *Conclusión*.—III. LA «GRAZIA» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO: 1. *Introducción*. 2. *Naturaleza jurídica de la «grazia»*. 3. *El procedimiento para la concesión de la «grazia»*. *Aplicaciones y garantías*. 4. *Conclusión*.

#### I. INTRODUCCIÓN

A nuestro entender una de las instituciones más significativas para explicar y comprender el específico equilibrio de los poderes en la formación y concreción del Estado de Derecho es el instituto de la clemencia, término con el que suele denominarse comprensivamente al indulto particular, al indulto general y a la amnistia. Y decimos que este instituto es muy significativo porque sus raíces se incrustan profundamente en el tiempo, si bien no es sólo su antigüedad lo que justifica su interés sino su valor sintomático del poder político que se supone en quien posee el instrumento de la Clemencia, mediante la que se pueden extinguir delitos o penas o atenuar estos últimos (1).

Sin duda de las utilizaciones de la clemencia, que se han hecho hasta nuestros días la más relevante ha sido la política por cuanto al objeto y, sobre todo, por la finalidad perseguida por el concedente. Porque detentar la potestad de clemencia fue y es todavía un instrumento de enorme eficacia para conservar y afianzar el poder político (2).

---

\* Este trabajo es una síntesis de la parte italiana de mi Tesis boloñesa, publicada en *lo referido a la Clemencia en España por la Editorial Tucur*. Fue realizado con una Ayuda de Investigación del Instituto de Estudios Administrativos dentro de su Plan de Actividades Investigadoras del año 1975.

(1) *Vid.* Concepción ARENAL, *El Derecho de Gracia ante la Justicia*, *Obras Completas*, tomo XII, Madrid, 1896, p. 63, refiriéndose a la amnistia «no forma parte de la administración de justicia, y el que la ejerce no lo hace realmente como Jefe de Estado, sino de un partido victorioso que aplica a los vencidos la ley del más fuerte».

(2) Amnistias políticas importantes en la Historia de nuestro país fueron la de Carlos I, a los Comuneros; la de Felipe IV, a los catalanes; la de Felipe V, a catalanes y aragoneses; la de las Cortes del año 1820, a los habitantes de Ultramar, confirmada por Fernando VII el 6 de octubre de 1825, y la de 20 de octubre de 1832, dada en nombre del mismo por la Reina gobernadora Doña María Cristina, y la de 7 de octubre de 1846, por S. M. la Reina Doña María Isabel II. *Vid.* J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, voz *Amnistia*, Madrid, 1874. En este sentido, DUPIN, en *Monitore del 19 de marzo de 1835*,

Cuando el 29 de enero de 1947 se discutió en la Asamblea Constituyente italiana el poder de amnistiar fueron las voces autorizadas y antagónicas de Giovanni LEONE (en la actualidad presidente de la República italiana) y la de TOGLIATTI las que polemizaron (3). LEONE se manifestó en contra del instituto de la amnistia con la finura y el rigor del jurista, hasta pedir su abolición. La respuesta de TOGLIATTI, que ahora nos interesa destacar, se mueve en dos coordenadas, ya que si reconoció la coherencia de los argumentos de LEONE, aquéllos deberían regir en un sistema jurídico perfecto, lo que exigiría una reforma total del sistema penal y penitenciario italiano y en ausencia de ésta la amnistia tendrá una utilidad que no debe descartarse (4). Pero el argumento básico de TOGLIATTI contra LEONE es calificar la amnistia no como atributo de la realeza sino de la soberanía, afirmando que si en aquel momento, decisivo en la Historia contemporánea italiana, le fuese suprimido este atributo a la República, una parte considerable del pueblo pensaría que la República vale menos que la Monarquía. Y recuerda que durante la campaña de Nápoles contra la República el motivo dominante era este: «¿Por qué queréis deshaceros del rey? ¿Quién os dará la amnistia? El presidente de la República no podrá». Los argumentos de TOGLIATTI, que convencieron a la Comisión encargada de dictaminar el proyecto, pusieron de manifiesto la trascendencia política de conservar el instrumento de la clemencia en su manifestación más decisiva.

Viviendo como vivimos en el mundo occidental tampoco debemos olvidar que presentados ante Pilatos un ladrón y Jesús Nazareno, aquél ejerció la clemencia con el ladrón y mandó crucificar al fundador del Cristianismo. Y no se olvide que ya en este ejemplo se descubre el carácter básico de la institución: «la arbitrariedad». (5). Quien es titular de la clemencia puede administrarla a su antojo dentro de límites

---

en su primer suplemento, *L'amnistia è più un provvedimento politico che di clemenza; la grazia si concede a persone determinate, l'amnistia non guarda le persone, si occupa dell'indole dei reati ed alle circostanze che loro danno un carattere speciale.*

Una revuelta popular en 1857 en Florencia obligó al soberano a conceder indulto a un condenado a muerte. Suceso similar obligó al rey de Noruega el año 1860 a indultar a un sentenciado a muerte. Datos de P. Jerónimo MONTES, en *La pena de muerte y el derecho de indulto*, Madrid, 1897, p. 203, en nota. Para una crítica del abuso en la concesión de la clemencia a la búsqueda del fácil consenso popular por el Gobierno, vid PINGER, *Amnistie in demokratischen Rechtsstaat en Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1970, p. 75.

(3) Véase *Actas de la «Asamblea Costituente, Adunanza Plenaria» de 29 de enero de 1947*, pp. 233 a 236.

(4) A este respecto decía BENTHAM, en *Tratados de legislación civil y penal*, 1842, p. 195: «Las leyes son demasiado duras, el poder de perdonar es un correctivo necesario, pero este correctivo es también un mal.»

(5) «La facultad en que nos ocupamos excluye, por naturaleza, toda regla, toda prescripción anterior. Su verdadero carácter es la arbitrariedad y la arbitrariedad no puede menos de ser arbitraria.» Vid. PACHECO, *Lecciones de Derecho penal*, I, XXI. La calificación de arbitraria de los actos de clemencia la encontramos como precedente en GAROFALO, *Criminologia*, Roma-Torino-Firenze, 1885, página 293.

inexistentes hasta el constitucionalismo posterior a la Revolución Francesa y poco consistentes después de ésta.

De la permanencia de la institución y la mutación del contexto jurídico en que se inserta es buen ejemplo la amnistía concedida por el presidente FORD de los Estados Unidos de América al ex presidente NIXON en contra de la opinión pública americana y mundial. De nuevo aparece aquí la clemencia como un atributo de la soberanía desprovisto de controles, rebosante de la arbitrariedad que contradice los supuestos postulados básicos del Estado de Derecho (6).

A nuestro entender estamos en presencia, en sus manifestaciones actuales, de residuos de poder absoluto subsistentes en el Estado constitucional. Con la emergencia de las formas políticas de la Revolución francesa en el mejor de los casos se produjo, no sin titubeos, un traspaso de titularidad en el ejercicio de la clemencia, del rey al Parlamento, que ni será integral (dado que el indulto particular sigue siendo uno de los atributos del rey o del jefe del Estado) y que en otros supuestos ni se producirá, como ocurre en las Leyes Fundamentales españolas en donde se configura a la clemencia al uso y con la terminología pre-revolucionaria, llamándola «prerrogativa de gracia» (7) lo que parece incongruente con la existencia de un marco constitucional como pretenden ser las Leyes Fundamentales, ya que resulta evidente que una constitución es incompatible con la existencia de prerrogativas que se suponen anteriores e incuestionable por la constitución.

En Italia (8) desde su unificación el instituto de la Clemencia ha tenido dos regulaciones fundamentales, la que hereda del *Statuto fondamentale del Regno di Sardegna* de 4 de marzo de 1848, que en su artículo 8.º decía «*Il Re puo far grazia, e commutare le pene*». Que aunque no hace ninguna referencia a la amnistía e indulto, ni en ningún otro lugar del *Statuto*, la doctrina de la época interpretó que

---

(6) Dice Concepción ARENAL, *ob. cit.*, p. 59: «Sus defensores (se refiere a los de la clemencia) se duelen del abuso que de él se hace, hasta el punto de dejar en el ánimo el convencimiento de que el buen uso no ha existido nunca más que en el buen deseo o en la imaginación.» Más adelante, p. 70, sigue diciendo: «Es posible que el jefe de la prisión, si es persona regular, se duela de que la gracia no alcance a muchos que se la merecían mejor que los agraciados; pero la letra del decreto comprende a unos y excluye a otros, y aquéllos se van y éstos se quedan convencidos todos de que los libres tuvieron *fortuna* y los reclusos *desgracia*, con lo cual no es fácil que se resignen.»

(7) Actos de prerrogativa tienen su origen en el período medieval y se consideraban aquellos actos reconocidos al rey en cuanto persona física por encima del Derecho. Al respecto, *vid.* HOLDSWORTH, en *A History of English Law*, Londres, 1908, III, pp 352 y ss.

(8) Véase *Costituzione italiana*, con introducción de GIANGIULIO AMBROSINI (Piccola Biblioteca Einaudi. Testi), Torino, 1975. En apéndice, *Statuto fondamentale del Regno di Sardegna* (1848); *Costituzione della Repubblica romana* (1849); *Decreto legislativo luogotenenziale* (1846); *Progetto di Costituzione* (1947). También sobre este tema, *Le costituzioni italiane*, Milano, 1958, con una recopilación de textos relativos a la experiencia constitucional italiana, con amplias referencias bibliográficas, por A. AQUARONE-M. D'ADDIO, G. NEGRI.

dichos poderes de amnistiar e indultar estaban comprendidos en la prerrogativa regia de la clemencia consagrada en el citado artículo (9).

Durante casi un siglo de vigencia del *Statuto* la clemencia es, por tanto, una potestad exclusiva y excluyente del jefe del Estado. Con ello llegamos al Proyecto de Constitución presentado a la Asamblea Constituyente el 31 de enero de 1947, que decía en su artículo 75, párrafo segundo «*L'amnistia e l'indulto sono deliberati dall'Assemblea Nazionale*» y por otra parte el artículo 83 del mismo proyecto atribuye al jefe del Estado la potestad de «*concedere grazia a commutare la pene*» (10). Puede observarse que la vigente Constitución de la República italiana que entró en vigor el 1 de enero de 1948 en su artículo 79 correspondiente al 75 del Proyecto, modificó este dándole la siguiente redacción «*L'amnistia e l'indulto sono concessi dal Presidente della Repubblica su legge di delegazione delle Camere. Non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla proposta di delegazione*» y en el artículo 87 correspondiente al 83 del Proyecto conservaba la redacción de éste.

Observemos el significado de los cambios que se han operado. De una parte de la comparación del *Statuto* a la vigente Constitución se aprecia que la Clemencia de potestad exclusiva y excluyente del rey pasa a ser compartida por lo que se refiere al indulto y la amnistia por jefe del Estado y Parlamento a través del sistema de «colaboración-necesaria» que se establece en el artículo 79 de la vigente Constitución, quedando reducida la competencia del jefe del Estado a la Gracia.

Por otra parte no deja de ser significativo que el Proyecto constitucional implicara la sustracción prácticamente absoluta de la potestad de conceder amnistias e indultos al jefe del Estado y su traspaso al Parlamento o más exactamente a la Asamblea Nazionale (11). A nuestro entender en el contexto de la Constitución italiana hubiera resultado más coherente la configuración de la potestad de conceder amnistias e indultos al Parlamento, por tanto respetada la redacción del Proyecto.

(9) Vid. V. E. ORLANDO, en *Principii di Diritto costituzionale*, Firenze, 1912, p. 210, *il diritto di grazia in senso largo e comprendente quindi anche le forme speciali dell'amnistia e dell'indulto*, Véase G. CAMERINI, en *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza*, Padova, 1967, p. 10, *si ritenne però dai giuspubblicisti dell'epoca che tali poteri fossero da ritenersi compresi nella prerrogativa regia di usare clemenza, in conformita alle consuetudine vigenti in materia presso le altre nazioni europee a governo costituzionale*; también G. FRANCHINA, *Manuale delle amnistie, indulti e grazie*, Roma, 1940, cap. I, y *Del fondamento e della natura sostanziale e formale dei così detti atti di clemenza*, en G. PENALE, 1966, parte I, pp. 289 y ss.

(10) Vid. G. MORTINI, en *La Costituente*, Roma, 1945, ahora en *Racolta di Scritti*, t. I, Milano, 1972. V. FALZONE-P. GROSSI, en *Assemblea Costituente*, en «Enciclopedia del diritto», vol. III, Milano, 1958. E. CHELI, en *Il problema storico della Costituente*, en «Politica del diritto», 1973.

(11) Muy útil para comprender la Constitución italiana es el trabajo *Il problema storico della Costituente*, de ENZO CHELI, en «Politica del Diritto», octubre 1973, núms. 4-5, pp. 485 a 530, especialmente las pp. 506-507, en que transcribe la intervención de TOGLIATI en el debate de la Asamblea en que define la configuración y contenido específicos del «Compromesso» o compromiso que da nacimiento a dicha Constitución.

## II LA AMNISTÍA Y EL INDULTO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

1. *Naturaleza jurídica de la amnistía*

Tal como hicimos al estudiar el Derecho español, son dos los temas que vamos a abordar en este capítulo: la naturaleza jurídica de la amnistía en el Derecho italiano y el tratamiento constitucional del ejercicio de la potestad. Si bien con la enorme ventaja que supone contar con un derecho positivo más acabado y una abundante y no menos excelente bibliografía que hace posible afrontar los aspectos, a nuestro entender decisivos, evitando el tratamiento excesivamente amplio que hicimos en Derecho español inevitable por la escasa atención que ha recibido de la Doctrina española y las enormes lagunas al respecto en el Ordenamiento.

El vigente Código penal italiano en su artículo 151 define a la amnistía como la que «*estingue il reato e, se vi e stata condanna, fa cessare l'esecuzione della condanna e le pene accessorie...*», redacción que difiere notoriamente de la del Código penal de 1889, que en su artículo 86 decía: «*L'amnistia estingue l'azione penale e fa cessare l'esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali di essa*». Pues mientras que la redacción de 1889 daba a la amnistía, por cuanto a los efectos que produce, un tratamiento procesal, el vigente Código sitúa sus efectos en el derecho sustantivo.

El cambio de orientación que señalamos tiene enorme interés para dilucidar la naturaleza de la amnistía que a lo sumo indirectamente se extrae del artículo 151 citado. Por los efectos que la amnistía producía según el Código penal de 1889, puede ponerse en duda que este instituto tuviera naturaleza normativa derogatoria de preceptos penales, sin embargo, este carácter derogatorio aparece más claro en la redacción del Código vigente.

Efectivamente, en la primera coma del artículo 151 del Código penal se dice que «*l'amnistia estingue il reato*» y la extinción del delito hace precisa la derogación—transitoria y retroactiva—del precepto penal sustantivo que califica a una acción u omisión específica como tal. Es decir, que se produce la suspensión de los efectos de la Ley penal en relación a unos hechos determinados.

Sin embargo, la posible claridad de la primera coma del citado artículo 151 del Código penal, queda en cierto modo empañada por la segunda coma del mismo artículo que dice «*se vi e stata condanna, fa cessare l'esecuzione della condanna e le pene accessorie*», porque la cesación de la ejecución de la condena y de las penas accesorias no hacen precisa la derogación transitoria y retroactiva de la norma penal en base a la que unos hechos se califican de delictivos. Siendo suficiente, o bien suspender la normativa procesal o la normativa penal que determina la pena que debe imponerse por la comisión de unos

hechos determinados, dejando en ambos casos inalterada la calificación delictiva de la conducta.

En base a la distinción entre norma primaria penal o «norma contenente il precetto» y norma secundaria o «norma que stabilisce la sanzione» (12), algún sector de la doctrina entiende que la amnistía «opera redendo la norma secondaria inapplicabile ai casi cui si riferisce» (13) o lo que es lo mismo la amnistía deroga la «parte sanzionatrice e non a quella proibitiva della legge penale». A nuestro parecer la tesis según la cual la amnistía deroga la normativa que prescribe el pronunciamiento de la sentencia y la imposición de la pena, podía sustentarse en relación con la segunda coma del citado artículo 151 del Código penal, pero no en relación a la primera. Y esto sólo sería posible en el caso de que se pudiera hacer una interpretación aislada de dicho párrafo, lo que a nuestro entender no es posible. Efectivamente creemos que se puede sustentar la tesis de que el legislador ha querido especificar los efectos de la amnistía, es decir, los efectos que produce la «derogación-transitoria y retroactiva de la norma penal» cuando se ha dictado condena, aún a riesgo o con el riesgo de hacer sospechar una naturaleza distinta según la amnistía se aplique antes o después de dictarse sentencia condenatoria.

La citada interpretación ha servido de base para distinguir la amnistía de otros institutos como la «modifica», «sospensione» y «deroga» entre otras, que operan según algún sector de la Doctrina (14) sobre los preceptos penales primarios a diferencia de la amnistía que opera sobre los preceptos secundarios. Distinción que tiene como objetivo fundamental la afirmación de que la amnistía tiene naturaleza de «acto retroactivo» (15). Pero la argumentación que se utiliza para diferenciar a la amnistía de la «deroga» nos parece inconsistente ya que si es cierto que la amnistía se concede siempre *post factum* no se aduce razón alguna de por qué son inadmisibles las «derogaciones retroactivas» de normas. En este sentido algún autor subsume *l'atto abrogativo temporaneo retroattivo* en la amnistía, con lo que se hacen más borrosas las distinciones arriba aludidas.

Naturalmente las matizaciones que la doctrina italiana hace en relación al problema de delimitar en qué ámbito normativo produce sus efectos la amnistía, tiene importantes repercusiones por cuanto a la mayor o menor intensidad de los efectos que puede producir la amnistía. Sin embargo, en cualquier caso se atribuye a la amnistía el efecto de derogar con carácter retroactivo y temporal, normas penales o procesales (primarias o secundarias). Pues los efectos que determina la concesión de la amnistía sólo pueden ser producidos mediante la

(12) Diferencia entre precepto penal primario y secundario en VASSALLI, *La potestà punitiva*, Turin, 1942, pp. 13-14.

(13) Vid. G. ZAGREBELSKY, en *Amnistia, Indulto e Grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974, p. 69.

(14) Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 73.

(15) Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 70 y ss. En relación al tema, véase también MANZINI, *Diritto penale*, vol. III, pp. 365 y ss.

derogación de normas con carácter retroactivo y transitorio. La disparidad de criterios que se observe, a nuestro modo de ver, se refiere, aunque indirectamente, a la intensidad mayor o menor de los efectos de la amnistía y a la situación o localización de donde se producen los efectos desde que acaecen los hechos hasta que se cumple la pena.

Entendemos que el término «amnistía» debía reservarse para los supuestos en que se produzca una verdadera derogación retroactiva y transitoria de normas del ordenamiento penal, de normas penales primarias. Derogación que producirá efectos diferentes dependiendo de cada supuesto al que se aplique. Si unos hechos se produjeron y el actor no fue todavía procesado, la amnistía impide el procesamiento por unos «hechos» que con anterioridad a la amnistía podrían ser calificados como delictivos con arreglo a la normativa vigente y que al concederse la amnistía y derogarse dicha normativa en base a la cual se podían calificar dichos hechos de delictivos, se convierten en «hechos» no contemplados por la normativa penal vigente. Si la amnistía se aplica a un condenado, la derogación retroactiva de la normativa en base a la cual se le condenó, producirá como efectos la suspensión de la condena, la extinción de todas las penas y efectos de la condena; en definitiva, la anulación de todo lo actuado. Sin embargo, la amnistía podrá ser una derogación retroactiva y transitoria condicionada al cumplimiento de condiciones u obligaciones e incluso dejar subsistentes algunos efectos de la condena, aparte de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 151 del Código penal italiano, por cuanto a los demás extremos.

En definitiva entendemos que en cualquier caso la amnistía implica la derogación retroactiva y transitoria de la norma penal, y por cuanto a sus efectos que dependerán tanto del alcance de lo que en ella se dispone, como de su aplicación antes del proceso, durante el proceso o a continuación del proceso, puede construirse una escala gradual que inserte las distintas modalidades que pueden practicarse y que se han practicado efectivamente.

Por lo que se refiere al tema de si la amnistía deja subsistente la responsabilidad civil derivada de los «hechos», parece necesario aclarar que el efecto derogativo y retroactivo de la amnistía tiene virtualidad en relación a las consecuencias jurídicas que se derivan de subsumir unos hechos en el supuesto de hecho contemplado por la Ley penal, sin que deba entenderse derogado, sin más, el sector del ordenamiento que hace derivar de los mismos «hechos» otras consecuencias jurídicas de índole civil (16). Si la amnistía no dejara subsistente la responsabilidad civil que puede derivarse de unos «hechos», en ese caso se trataría de una derogación retroactiva y transitoria de la Ley civil, tema que dejamos en este lugar planteado.

Sin embargo, la calificación de la amnistía como la «técnica» mediante la cual se deroga retroactivamente y con carácter transitorio la Ley penal, no prejuzga la naturaleza jurídica de dicha «técnica» de

(16) Vid G. CAMERINI, en *Amnistia e indulto*, Padova, 1971, p. 24.

la que tan sólo se han señalado sus caracteres más generales. Indudablemente tiene interés dilucidar si la técnica en cuestión puede operar independientemente o se trata de una de las manifestaciones posibles de la norma en el tiempo. Se trata de dilucidar si la amnistía es una norma o si pudiendo producir dicho efecto tiene otra naturaleza.

Desde luego los efectos que produce la amnistía se pueden producir a través de una norma con rango de Ley. Pero no es suficiente que así sea, para que se atribuya a la amnistía la naturaleza de «norma con rango de Ley» (17). Pudiendo ser este un efecto—el de derogar retroactivamente y temporalmente lo dispuesto en una Ley-norma— independiente de la naturaleza normativa de la amnistía, que implicaría calificarla como *atto*, tal y como mantiene un sector de la doctrina (18). En la línea de la no aceptación de la naturaleza normativa de la amnistía, podía configurarse como Ley-formal, contrapuesta a Ley-material, tesis que como se ha señalado encuentra como dificultad la dudosa aceptación de dicha diferenciación por el Ordenamiento italiano (19).

En la última instancia la atribución de naturaleza normativa a la amnistía depende del propio concepto que se tenga de «norma» por su contraposición a «acto», teniendo en cuenta que en ningún caso estaremos en presencia de un «acto administrativo», sino de un acto del presidente de la República que a su vez deberá calificarse. Al objeto de este trabajo no podemos afrontar la polémica de la diferencia entre «acto» y «norma», que como es obvio nos desviaría del tema que nos ocupa, en el que esta precisión no es de enorme trascendencia, una vez afirmado que produce un «efecto» que las normas pueden producir en el tiempo, cuestionándose tan sólo si además son normas. Es decir, que por cuanto al efecto que hemos aislado (amnistía) la amnistía debe ser tratada como norma (20).

A nuestro entender si el efecto de la amnistía es sólo y exclusivamente «destructivo», es decir, derogatorio, retroactivo y temporal, la amnistía podrá ser considerada como capaz de «integrar el Ordenamiento jurídico» no a través de la técnica de enriquecerlo positivamente

(17) Franco MODUGNO, en *L'invalidità della legge*, t. II, pp. 102-104, Milán, 1970, clasifica la amnistía y el indulto (es decir, el indulto general en España) como «actos con valor legislativo», se apoya a estos efectos en las sentencias núms. 110, de 1962, y 171, de 1963, de la Corte Constitucional. Por otra parte, alega como argumento los efectos derogatorios de la ley penal que suponen. Y, por último, la reserva absoluta de la ley en materia penal que establece el artículo 25 de la Constitución italiana. En el mismo sentido, R. DELL'ANDRO, voz *Amnistia*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. II, 1958, p. 304.

(18) Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

(19) Vid. ESPOSITO, en *La validità delle leggi*, Padova, 1934, II, id, *legge*, en «Nuovo Dig. Ita.», VII, 1938, pp. 719 y ss.

(20) Vid. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8.ª ed., Padova, 1969, t. II, p. 728, *Sotto l'aspetto del loro contenuto gli atti stessi assumono tutti carattere legislativo, senza che sia possibile operare distinzioni tra loro, poichè anche il fare venire meno in un singolo caso gli effetti di una condanna importa introdurre una deroga alle norme generali che tali effetti disciplinano*, en este sentido. Véase CROSA, en *La monarchia*, cit., pp. 182 y ss.; VIRCA, en *Diritto costituzionale*, 8.ª ed., Milano, 1967, p. 224; ZANOBINI, *Ipotesi regi nel campo del diritti privato*, Torino, 1917, pp. 70 y ss., y también en *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p. 167.

te, sino negativamente, si llegamos a entender por innovación la eliminación de algo, la integración como la capacidad de que por efecto de la amnistía y aunque temporalmente el Ordenamiento sufre una mutación, no es el mismo durante la vigencia de la amnistía, y sólo antes y después. En este sentido, aceptando estas premisas, entendemos que la amnistía es una «norma» (21).

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 151 del Código penal es posible distinguir por cuanto a los efectos que produce dos tipos de amnistía, propia e impropia (22). La primera que se aplica cuando no ha sido dictada sentencia extingue efectivamente el delito imputado, mientras que la amnistía impropia *fa cessare l'esecuzione della condanna e le pene accesorie* sin extinguir los demás efectos de la condena. Lo que en definitiva significa que por los efectos que produce la amnistía impropia se asemeja a las causas de extinción de la pena más que a las de extinción del delito.

Los demás aspectos del régimen jurídico de la amnistía vienen regulados en el Código de procedimiento penal, a los que se ha dedicado con cierta intensidad la atención de la doctrina y ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia a las que nos remitimos.

A los efectos de este trabajo nos interesa especialmente recordar que la aplicación de la amnistía corresponde al Poder judicial y que la aplicación ya sea en sentencia (am. propia) u *ordinanza* (am. impropia) es susceptible de recurso de casación por el interesado o por el ministerio fiscal.

No puede dejarse de citar que a partir de la Sentencia de 5-14 de julio de 1971 de la Corte Constitucional es posible renunciar a la amnistía propia, lo que implica la declaración de inconstitucionalidad del artículo 151 del Código penal en cuanto implica la irrenunciabilidad de la amnistía por estar en franca oposición con el artículo 24 de la Constitución (23).

(21) Vid. F. MODUGNO, en *L'invalidità della legge*, II, pp. 102 a 104, Milano, 1970. In questo caso, pur non parlando espresamente e direttamente di atti con valore o con forza di legge, non sembra discutibile la natura legislativa dei decreti presidenziali come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale in *Set. n. 110 del 1972 e n. 171 del 1963*.

(22) Para el régimen jurídico de la amnistía, *vid.*, entre otros, Giorgio CAME RINI, en *Amnistia e Indulto*, Padova, 1971; Gustavo ZAGREBELSKY, en *Amnistia, Indulto e Grazia, Profili costituzionali*, Milano, 1974; F. CORDERO, en *L'amnistia nel processo*, Milano, 1957; A. PIRAINO LETO, en *Amnistia e Indulto*, Milano, 1960. Jurisprudencia de enorme interés, en el Derecho italiano, sobre la amnistía política viene recogida y comentada por Remo PANNAIN, Alfredo LACCONIA, Giovanni BERNIERI y Alfonso FAVINO, en «Archivio Penale», III, II, 1947, pp. 202-211 y 212-255.

(23) Alfonso FAVINO, en un breve artículo titulado *In tema di rinuncia all'Amnistia*, en «Archivio Penale III», I, pp. 112 a 117, se plantea el tema de la renuncia a la amnistía. Concluye que la amnistía tiene un interés eminentemente social e incluso predominante, pero que no debe convertirse, so pretexto de su carácter de ley sustancial, en un instrumento que perjudique al privado-ciudadano que cree y quiere demostrar su inocencia (pp. 114 y 117). Como antecedente doctrinal cita a GIANTURCO, en *L'amnistia e l'interesse dell'imputato innocente*, en «Giustizia penale», 1916, II, col. 496. La tesis de que la amnistía es concedida en interés del propio Estado y que por esta razón, entre otras consecuencias, no es renunciable, fue defendida por PESSINA en la discusión del proyecto de 1876 de código penal.

## 2. El indulto en el ordenamiento jurídico italiano: naturaleza jurídica

El indulto es, según el artículo 174 del Código penal italiano, una de las causas de la extinción de la pena. El citado artículo dispone: *L'indulto o la grazia condonna, in tutto o in parte, la pena inflitta o la commuta in un'altra specie di pena stabilita dalla legge. Non estingue le pene accessorie salvo che il decreto disponga diversamente, è neppure gli altri effetti penali della condanna.*

De la primera parte del artículo 174 se extraen los caracteres fundamentales del indulto. De una parte el indulto se refiere a la pena, es decir, produce como efecto la modificación de las penas impuestas por sentencia firme y normalmente no alcanza más que a las penas principales sin alcanzar ni a las accesorias, a no ser que se disponga lo contrario, ni a los demás efectos de la condena.

El indulto implica como presupuesto para su concesión la confirmación por el concedente de que la pena que se indulta tiene como causalidad una conducta antisocial y que la actuación judicial fue intachable. De modo que el indulto no consiste en la revisión por el concedente ni de la actividad jurisdiccional, ni implica la derogación retroactiva y temporal de la norma penal primaria que califica una conducta como antisocial. Sino que teniéndola como presupuesto y por razones de orden político, con carácter general extingue la pena, o la reduce, o la conmuta por otra.

El régimen jurídico del indulto viene establecido por el Código penal en su artículo 174 y por el Código de procedimiento penal en sus artículos 591, 593, 594 y 596. Lo que junto con la jurisprudencia de la Corte de Casación y la Corte Constitucional hacen posible, como ha hecho la abundante doctrina sobre el tema (24), trazar con nitidez el régimen del instituto, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español en el que para llegar a conclusiones similares a las del ordenamiento italiano sobre el indulto general, la doctrina ha tenido que hacer verdaderos esfuerzos de imaginación no siempre afortunados.

Teniendo en cuenta los efectos que produce el indulto de extinguir o modificar la pena impuesta en sentencia de condena por el Tribunal competente, entendemos que el indulto tiene fuerza para modificar la normativa penal y procesal en virtud de la cual se impuso la pena. Cuestión distinta es si la producción de esos efectos son suficientes para atribuirle naturaleza normativa. Discurso este que hemos desarrollado a propósito de la amnistía a que nos remitimos.

Sin embargo, además de los argumentos que allí esgrimimos para mantener la naturaleza normativa de la amnistía, en el supuesto del

---

(24) El trabajo de Alfredo IANNITTI PIROMALLO, en voz *Amnistia e indulto* «Novissimo Digesto Italiano», vol. I, Turín, 1957, pp. 577 a 592, contiene un análisis jurisprudencial de interés (pp. 582 a 592). La aportación de bibliografía es igualmente interesante.

indulto es posible reforzar esta tesis ya que el indulto opera efectivamente *post factum*, porque es operativo sólo cuando se dictó sentencia y ésta adquirió firmeza, de modo que la nueva situación jurídica en que queda el condenado es observada por el indulto como «supuesto de hecho» regulado con carácter general al que se conecta como consecuencia jurídica la extinción de la pena o la reducción de la amnistía. De modo que sin implicar el indulto la derogación de la norma penal, sino instrumentada como norma con rango de Ley que modifica un efecto de aplicación del ordenamiento penal anterior, una Ley-medida que tiene una operatividad limitada en el tiempo así como por su objeto.

Por lo que se refiere a los beneficiarios del indulto hay que tener en cuenta que a diferencia de la *grazia* y del mismo modo que en la amnistía se aplica el artículo 151, en sus tres últimos apartados del Código penal. Si bien hay que tener en cuenta que se ha modificado por la Constitución en su artículo 79, el primero de estos apartados, en el sentido de que el indulto no podrá aplicarse a los delitos cometidos sucesivamente a la propuesta de delegación de las Cámaras, lo que de otra parte resulta lógico y evita la incitación al delito en el tiempo que va de la delegación de las Cámaras al Decreto de indulto.

Por lo que se refiere al último apartado del artículo 151 debe tenerse en cuenta que se ha aplicado en alguna ocasión a los reincidentes (*reicividi*) como, por ejemplo, en el Decreto presidencial de 24 de enero de 1963.

Por otra parte y a tenor de lo dispuesto en el artículo 151 el beneficio del indulto podrá someterse a condición, suspensiva o resolutive.

En caso de concurso de causas que extinguen el delito o la pena, prevalece la causa que extingue el delito. Y en caso de duda de aplicar una u otra causa de extinción, se aplica la más favorable. Por otra parte la aplicación del indulto es compatible con la *grazia*.

Por lo que se refiere al objeto y efectos del indulto no presenta ninguna particularidad destacable en relación al régimen de la *grazia*.

Interesa destacar que la aplicación del indulto se lleva a cabo en relación con los imputados de oficio por el Juez en cualquier grado de la sentencia de condena. Sin embargo la no aplicación en esta instancia no es recurrible ya que se puede pedir por el sentenciado la aplicación en sede de ejecución de la sentencia. Y sólo en el caso de que no le fuera aplicada en este momento podrá recurrir en casación. Sin embargo, en caso de que la sentencia condenatoria negara la aplicación del beneficio, sin esperar a la ejecución de la sentencia se puede recurrir la misma en casación.

La Corte de Casación en la sentencia que resuelve el recurso interpuesto no reenvía *il giudizio al giudice del merito per la sola applicazione dell'indulto, ma provvede con la sua sentenza*, salvo en los casos en los que para hacerlo necesitara hacer valoraciones *di elementi di fatto che non sono già stati accertati nel procedimento*.

La aplicación del indulto a condenados es promovida por el minis-

terio público, procediendo el juez de oficio, pudiendo provisionalmente disponerse la libertad del condenado detenido, por el fiscal (público ministerio) o por el juez (*pretore*). También puede ser solicitada la aplicación por el interesado. Y en cualquier caso la aplicación tiene lugar con declaratoria del *giudice: che pronuncio la sentenza di condanna con ordinanza in camera di consiglio*. Ordenanzas que son recurribles sólo en casación, tanto por el interesado como por el ministerio público (arts. 591, 593, 594).

Del mismo modo son recurribles las ordenanzas que revocan el beneficio del indulto (art. 596). Por último, si el indulto no es impugnado a tiempo, es irrevocable, aunque haya sido aplicado erróneamente.

### 3. *El procedimiento de concesión de amnistías e indultos: el artículo 79 de la Constitución*

La amnistía y el indulto, como hemos visto, pueden diferenciarse por cuanto a su objeto y efectos, pero no en cuanto a los concedentes y el procedimiento de concesión regulados de modo idéntico por la Constitución italiana en su artículo 79, por lo que daremos en este punto un tratamiento unitario.

La interpretación del artículo 79 de la Constitución italiana, presenta indudables dificultades, no del todo superadas, que han dado lugar a una nutrida doctrina difícilmente conciliable. Polémica que por su interés vamos a referir previamente a la toma de posición en el tema.

#### *Las interpretaciones doctrinales del artículo 79 de la Constitución.*

En este apartado seguiremos fundamentalmente a G. ZAGREBELSKY (25). Según el citado autor, de lo único que no cabe duda es de que el artículo 9 de la Constitución implica en la concesión de amnistías e indultos al presidente de la República y al Parlamento, de modo que aquél no puede conceder ni indultos ni amnistías sin la delegación del Parlamento (26), es decir, que sólo queda claro que el presidente de la República y Parlamento intervienen en el procedimiento de concesión y que aquél lo hace sucesivamente al Parlamento (27). Pero por lo demás, es decir, la naturaleza y contenido de la delegación del Parlamento y la actividad del presidente de la República, así como del Gobierno no quedan muy perfilados en el artículo 79, sólo puede alcanzarse de una interpretación integradora del mismo en la Constitución y de la específica operatividad de la misma en cada coyuntura política.

(25) Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

(26) *Un concorso necessario di due atti strettamente legati tra di loro*, vid. SOLAZZI, en *Le leggi delegate*, «Commentario sistematico alla Costituzione italiana», dirigido por CALAMANDREI e LEVI, Firenze, 1950, II, p. 90.

(27) Vid. PALMERINI, *Profili costituzionali dell'amnistia*, «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1954, p. 148.

*La naturaleza de la delegación del Parlamento del artículo 79.*

En relación a la calificación de la delegación del artículo 79 de la Constitución y su relación con la delegación legislativa del artículo 76 del mismo cuerpo legal, han sido tres las interpretaciones. Que el artículo 76 regula en línea de principio la delegación legislativa y el artículo 79 contiene una delegación especial, caracterizada porque tiene al presidente de la República como destinatario, mientras que la delegación del artículo 76 tiene como destinatario al Gobierno. Que ambos artículos, 76 y 79, contienen tipos especiales de delegación, encuadrables en una categoría más general no coincidente en modo absoluto con la contenida en ambos artículos. Y, por último, un sector doctrinal entiende que las delegaciones de los artículos 76 y 79 son irreducibles a una categoría más general que los integre.

La última tesis apuntada que afirma la radical diferencia entre la delegación del artículo 76 y la contenida en el artículo 79, encuentra dificultades en su concepción y desarrollo, porque ni se justifica la razón por la que son irreconciliables ambas delegaciones, ni se aporta criterio de solidez en base al cual construir la delegación del artículo 79 como categoría independiente, cuya determinación sería necesariamente arbitraria. En esta línea la citada interpretación de la delegación del mencionado artículo 79 ha sido configurada como *autorizzazione all'esercizio di un potere la cui titolarità spetta a norma della Costituzione, al solo presidente de la Repubblica (28), atto complesso, in cui confluisce la volontà del Parlamento e quella del Presidente (29) o ripartizione istituzionale di competenza tra il Parlamento e il Presidente de la Repubblica...* (30).

A nuestro entender esta línea interpretativa es insostenible, por cuanto el lugar en donde se sitúa en la Constitución el tratamiento de la concesión de amnistías e indultos, como por la utilización del término *delegazione* en proximidad al artículo 76, debe extraerse a

(28) Vid. BALLADORE-PALLIERI mantiene en la 5.ª ed. del «Diritto Costituzionale», Milano, 1957, pp. 239 y ss., que no estamos en presencia de un supuesto de autorización (como había mantenido este autor precedentemente), sino que la ley de amnistía e indulto del Parlamento contiene *l'attribuzione dell'esercizio d'un potere al Presidente della Repubblica; a questi spetterebbe, attribuitogli dalle costituzione, il potere astratto mancante d'esercizio.*

(29) Sobre «acto complejo» resultante de la unificación o integración jurídica de dos actos idénticos, uno del Jefe del Estado y otro del ministro. Vid. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e le funzioni amministrative*, en «Riv. Amm.», 1950, p. 1616; SICA, *La controfirma*, Roma, 1951, pp. 129 y ss.; vid. también la doctrina que sostiene que los actos del Jefe del Estado refrendados están compuestos o son resultado de la combinación de dos actos diversos por su contenido. GALEOTTI, en *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949, pp. 14, 17-18, 28 y ss., y en *Il rinvio presidenziale di una legge*, en «Rass. Dir. Pubbl.», 1950, I, pp. 57 y 63; GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1951, pp. 915 y 983. También, sobre el tema, F. RACIOPPI, en *Commento allo Statuto del Regno*, Roma, 1901, vol. I, p. 257.

(30) Vid. D'EUFEA, en *Elementi di diritto costituzionale*, 3.ª ed., Napoli, 1952, p. 174, sobre el argumento *delegazione legislativa necessaria versus ripartizione costituzionale delle competenze è legge d'autorizzazione*, y RENATO DELL'ANDRO, *Amnistia*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. II, 1958, pp. 301 y 302.

falta de otro criterio que el constituyente no ha querido crear en el artículo 79 una categoría irreconciliable con la delegación legislativa del artículo 76, porque en ese caso lo hubiera hecho expresamente (31).

El problema radica, una vez afirmado el carácter unitario del instituto de la delegación, en perfilar el contenido de la delegación del artículo 79. A este respecto las tesis que hemos referido más arriba que relacionan los artículos tantas veces citados (76 y 79), son en principio igualmente válidas y terminantes por cuanto a poner de manifiesto que se ha producido una atracción de la competencia de conceder amnistías por el Parlamento, concepción enfrentada a la que quiere ver en la intervención del legislativo una mera autorización que vendría a significar que la competencia de dictar amnistías e indultos cae en la esfera del jefe del del Estado.

Pero no obstante haberse producido una atracción de la competencia hacia el Parlamento, no se ha producido de modo absoluto, exclusiva y excluyentemente (32). Para que fuera exclusiva la delegación debería estar configurada como en el artículo 76, es decir, debería tratarse de una delegación-voluntaria de competencias; para que fuera excluyente sería preciso además que la delegación misma no pudiera practicarse y necesariamente se deberían conceder las amnistías por el Parlamento (33). La fórmula dada en la Constitución italiana presenta caracteres un tanto singulares, que sin perjuicio de posteriores precisiones nos atreveríamos a calificar de «colaboración-necesaria» entre el Parlamento y el presidente de la República (34).

(31) Vid. S. BARTHOLINI, *op. cit.*, p. 488, *L'istituto della delegazione si rivela, in materia di amnistia e indulto, perfettamente adeguato al volere della Assemblée costituente di conservare al Parlamento la titolarità esclusiva del potere di amnistia e indulto, e di implicare un altro organo nel suo esercizio. Per tanto va respinta la congettura che nell'art. 79, la parola delegazione sia stata usata impropriamente.*

(32) Vid. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1958, pp. 295 y ss., *Le leggi di delegazione delle Camere relative all'amnistia ed all'indulto vanno facendose sempre più minute e la prassi in tema di grazia rende il Ministro de Grazia e Giustizia il vero arbitra del potere relativo.* También SICA, *La controfirma*, Napoli, ed. Jovene, 1953, p. 128, en nota, y GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1951, pp. 903 y ss. En contra vid. G. CAMERINI, *Amnistia e Indulto*, Padova, 1971, p. 12. *Si è esplicitamente affermata la natura di atto politico dei provvedimenti di amnistia e di indulto, sottraendoli alla potestà diretta del Capo dello Stato per attribuirli alla competenza del Parlamento;* en este sentido también BARTHOLINI, *La delegazione legislativa in materia di amnistia e indulto*, en «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1955, pp. 481 y ss., *la legge di delegazione art. 79 cost., presuppone nel Parlamento la titolarità del potere d'amnistia.* Vid. R. DELL'ANDRO, *ob. cit.*, página 301. Según este autor, el artículo 79 de la Constitución supone en el Parlamento la titularidad del poder de conceder amnistias. Refutando las tesis del reparto de titularidad entre Parlamento y Presidente de la República, como la tesis según la que la titularidad es exclusiva del Presidente de la República.

(33) Vid. TOSATO, en *Leggi di delegazione*, Padova, 1931, p. 28. Vid. también SOLAZZI, *La legge delegata*, en «Commentario sistematico alla Costituzione italiana», II, Firenze, 1950, p. 90.

(34) Vid. M. PALMERINI, *Profili costituzionali dell'amnistia e dell'indulto* (artículo 79 de la Const.), en «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1954, p. 112, *il procedimento per l'amnistia e indulto que emerge dalla lettera e dallo spirito della costituzione appare essere una costruzione complessa ma armoniosa, impermiata su due pilastri fondamentali: la legge di delegazione e il decreto di amnistia e indulto. Esta técnica la califica DELL'ANDRO, en ob. cit., pp. 301-302, de delegación-legislativa necesaria.*

La intención del constituyente consistió en implicar al Parlamento en la materia, sin excluir al presidente de la República. Formulación en la que se observa el peso del pasado (en el que el ejercicio de la clemencia ha sido detentado en exclusividad por el jefe del Estado), que no se quiso o no se pudo eludir rotundamente. El interés del sistema que se plasma en la Constitución italiana es doble, por cuanto el cómo se practique por el Parlamento y el presidente de la República, y cómo se interprete por la doctrina y la Corte Constitucional, todos ellos valiosos exponentes del específico peso de los poderes en cada coyuntura política. Porque parece incuestionable que el artículo 79 puede dar lugar desde a una Ley de delegación, que por su contenido sólo haga posible al presidente de la República emitir un *atto confermativo* (35), hasta emitir una ley de delegación que por su contenido deje al presidente de la República la mayoría de sus elementos indeterminados con amplias facultades discrecionales, no sólo en cuanto a la precisión de sus elementos, sino en la oportunidad de conceder el indulto y la amnistía.

Estamos de acuerdo con el sector de la doctrina que entiende que la *legge di delegazione* no puede disciplinar de modo absoluto (36) *l'intero provvedimento di clemenza, redendo la procedura prevista dall'art. 79 un inutile e vuoto formalismo*. Pero esta toma de postura es operativa fundamentalmente por cuanto a entender que estamos en presencia de una delegación legislativa conciliable con la del artículo 76 de la Constitución, sin que se quiera significar con ello que se produce una remisión «total» a la delegación legislativa del artículo 76. De modo que se hace necesario determinar cuál debe ser su contenido.

A nuestro entender y a falta de otros argumentos con base en la Constitución, el contenido de la *legge di delegazione* del artículo 79 debe ser el mismo que el del artículo 76. Si bien la causalidad en ambos supuestos es diferente, en el primero es el resultado de una imposición constitucional, mientras que en el segundo es el resultado de una apreciación hecha libremente por el Parlamento. Esta distinción tiene cierta trascendencia, por cuanto en base a ella no parece razonable justificar el sistema de la Constitución como la previsión

---

(35) Vid. C. MORTATI, en *Istituzioni...*, 8.ª ed., p. 730, *il decreto presidenziale, il quale è però «atto dovuto» per ciò che attiene sia all'emanazione e sia al rispetto delle direttive, entro le quali solamente esso può validamente svolgere il potere discrezionale che deve essergli consentito*.

(36) Según la sentencia 110 de 1982 de la Corte Costituzionale, el Presidente tiene «un qualche potere di scelta ma è però imposto alla legge disporre una sufficiente specificazione e delimitazione del potere delegato». Según la sentencia de la Corte Costituzionale 171 de 1973, «la legge può anche regolare con assoluta puntualità il contenuto del provvedimento di clemenza». En este sentido, vid. BARTHOLINI, *op. cit.*, p. 522; en contra PALMERINI, en *op. cit.*, pp. 80 y ss.; vid. R. DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pp. 303-304. Según este autor, cabe la determinación en todo del contenido de la amnistía o el indulto por el Parlamento, pero sería ilegítima una delegación en blanco, aunque se pueden dejar elementos indeterminados.

apriorística de una dificultad en el conceder el Parlamento de *motu proprio*, exclusiva y excluyentemente amnistías e indultos, dificultad que se subsana mediante el sistema de la delegación necesaria. Sino que, por el contrario, lo que se produce es la utilización de la técnica de la delegación legislativa independientemente de su específica causalidad finalidad, para instrumentar la colaboración entre el Parlamento y el presidente de la República.

Llegados a este punto parece necesario plantearse si estamos ante un supuesto de delegación al presidente de la República o al Gobierno, y en el caso que concluyamos lo primero, cuál es la intervención del último. Que se trata de una delegación al presidente de la República, no parece dudoso del tenor literal del artículo 79. Pero ¿cómo se integra este artículo con el artículo 89 de la Constitución? Y más concretamente en el caso de que se entienda que el «*atto* del presidente» mediante el que se conceda la amnistía debe ser *controfirmato*. ¿Por quién?, ¿por el ministro de Justicia o por el presidente del Consejo de Ministros?

En principio no parecen existir razones de peso para entender que los actos de concesión de amnistías e indultos sean de una categoría especial que no necesita la «*controfirma*» del artículo 89. Pero una vez resuelta esta cuestión no aparece incuestionable que deba ser *controfirmato* por el ministro de Justicia, que implicaría dejar de atribuir *valore legislativo* a los actos mediante los cuales se conceden las amnistías e indultos. Y entiéndase que no se cuestiona, en este lugar, la naturaleza normativa de los actos de clemencia, sino tan sólo su valor formal. En cualquier caso nos parece que a las amnistías e indultos debe reconocérseles valor legislativo, lo que lleva implícito la *controfirma* del presidente del Consejo de Ministros.

Por lo que se refiere a la intervención del Consejo de Ministros, si bien no debe excluirse *a priori*, pero en cualquier caso su intervención no podrá consistir más que en la «*deliberación*», que además difícilmente puede entenderse preceptiva.

Por último, creemos conveniente entrar a examinar la específica articulación de la «*colaboración*» entre Parlamento y presidente de la República no exenta de dificultades sobre todo por cuanto a si el acto del presidente de la República es *atto dovuto* o no. La doctrina al respecto está dividida. Las brillantes argumentaciones en uno u otro sentido no son capaces de eliminar un problema básico como el de la ambigüedad del artículo 79 de la Constitución italiana, que instrumenta un original concurso de competencias sobre un instituto unitario, de difícil orquestación (37).

---

(37) *Un caso di conflitto fra Capo dello Stato e parlamento potrebbe verificarsi in occasione dell'interpretazione dell'art. 79 cost. ove il presidente contesti il potere del parlamento di disciplinare l'intero testo del provvedimento di amnistia, rivendicando a sé la competenza a svolgere i principi fissati dal predetto. Vid. MORTATI, Istituzioni..., 8.ª ed., p. 1319.*

#### 4. Conclusión

Si exceptuamos el procedimiento para la concesión del indulto y las garantías en la aplicación del mismo por lo que se refiera sobre todo a la posibilidad de recurrir la aplicación o inaplicación de los mismos, sólo reconocida por el Tribunal Supremo español en el indulto de 1971, aspectos señalados de la mayor trascendencia, por lo que se refiere a los beneficiarios, objeto y efectos del indulto (salvo los indultos de 1958 y 1971) el régimen español e italiano en líneas generales son muy semejantes, hasta el punto de que no existen diferencias que merezcan destacarse.

Pero esta identidad en beneficiarios, objeto y efectos del indulto, que contrasta con el procedimiento de concesión, aplicación y recursos, es suficiente para motivar la reflexión porque, en definitiva, la inexistencia de garantías en los niveles apuntados tiene una enorme trascendencia.

Desde la perspectiva italiana resulta curioso observar cómo se produce un cambio de formas-constitucionales con contenidos idénticos, contenidos correspondientes a una etapa histórica muy alejada en los presupuestos sobre los que al menos «teóricamente» se basa la sociedad italiana actual. Esta contradicción queda más radicalmente desvelada cuando se comprueba que el contenido de los institutos que analizamos en este trabajo es en parte coincidente con el de los españoles correspondientes.

Por lo que en cierto modo puede decirse que la forma y contenido de las instituciones italianas está en conflicto, o quizá una reflexión más profunda sobre los institutos de la amnistía, indulto y *grazia* puede llevar a la conclusión de que la tensión es inexistente. Sin embargo, y al menos desde nuestro nivel de investigación, la existencia de los mismos con sus perfiles actuales nos parece contradictoria con un Estado moderno.

Desde la perspectiva del sistema de concesión de amnistías e indultos es indudable la originalidad del sistema italiano que instrumenta un sistema de «colaboración» entre Parlamento y jefe del Estado, fórmula que está a medio camino entre la española actual y el modelo de la Constitución de la II República española muy significativa del intento de llevar a cabo una drástica separación de poderes. Según la citada Constitución las amnistías se concedían por medio de ley del Parlamento y los indultos por el Tribunal Supremo, no pudiendo dictarse indultos generales.

El sistema italiano de colaboración entiendo que es criticable, no por cuanto a la teórica «colaboración» entre Parlamento y jefe del Estado sino porque de hecho se instrumenta la colaboración entre Parlamento y Gobierno. La Constitución, tanto en el procedimiento para la concesión de la amnistía, indulto o *grazia*, puede significar, en la práctica, una simulación, entendiéndose por tal que la interven-

ción del jefe del Estado se esfuma, sustituyéndose en el Gobierno. De modo que el instituto de la clemencia es en última instancia controlado por el poder ejecutivo y no por el jefe del Estado como poder neutro entre los poderes (38).

En efecto estamos perfilando una posibilidad, que se concluye del funcionamiento total del sistema constitucional italiano, en el que el desenlace de fuerzas y el equilibrio futuro puede ser otro. Porque el sistema italiano ofrece la posibilidad de múltiples equilibrios en el marco de la «colaboración». Parece oportuno en este lugar prestar atención a la utilización que se ha hecho hasta nuestros días de los institutos que estudiamos.

En líneas generales no puede decirse que desde la caída del fascismo en Italia hayan sido escasos los actos de clemencia consistentes en amnistías e indultos (a partir de este momento y en este punto al referirnos a actos de clemencia debe darse por entendidos las amnistías e indultos). Obsérvese, como primera aproximación, que entre los años 1944 y 1947, es decir, durante poco más de tres años se concedieron 18 actos de clemencia, mientras que desde la entrada en vigor de la Constitución hasta 1975, es decir, en los veintiocho años siguientes se han concedido otros tantos, con la particularidad de que más de la mitad de ellos (diez) se producen en los años 1948 y 1949 y sólo ocho en los veintiséis años siguientes.

A la vista de estos datos y con carácter provisional, desde la perspectiva de la intensidad en la concesión de actos de clemencia se produce un descenso muy apreciable, ya que en los primeros seis años se conceden 28 actos de clemencia y en los siguientes veintiséis años, tan sólo ocho.

Obsérvese de otra parte que el año en que se conceden más actos de clemencia es 1946 con ocho, seguido del 1947 con cinco, 1944 con cuatro, 1949 con tres y 1945, 1959, 1963 y 1968 con dos. Es decir, que en nueve años se producen 33 actos de clemencia y en 12 (de treinta y dos años) el resto. Por lo que se refiere a los intervalos entre acto y acto, se observa que se producen sin interrupción de 1944 a 1949, en que se produce un lapso de cuatro años hasta 1953 y un nuevo lapso de seis años hasta el próximo de 1959. Sin embargo esto que parecía iba a suponer la utilización restrictiva de la clemencia se ve contradicho en el período que sigue desde 1959 hasta 1970, en que se produce un incremento muy notable de los actos de clemencia. Efectivamente de 1949 a 1959, es decir, durante diez años, se producen un solo acto y en los doce años siguientes ocho. Es decir, que en un período de tiempo similar se produce un incremento de uno a ocho actos de clemencia. (En este período final los lapsos entre acto y acto son de un mes, tres años y siete meses.) Estableciendo los lapsos por años se produce una reducción que va desde tres años y medio a un año y poco

---

(38) Contra la caracterización del Jefe del Estado como poder neutro o imparcial. Vid. Carlo Esposito, in *Capo dello Stato*, Milano, 1962, p. 30, en contra de C. SCHMITTEN, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, ed. 1975.

más entre los dos últimos actos. Si bien, por otra parte, desde el último acto de clemencia de 1970 se produce un vacío sólo superado en la etapa que contemplamos por los seis años entre los actos de 1953 y 1959.

Si comparamos estos datos con los que pueden obtenerse del período que va desde los primeros intentos de unificación de Italia a la caída del fascismo observaremos que de 1862 a 1943, es decir, durante ochenta y un años se conceden 269 actos de clemencia (en veintitrés de estos años no se concedió acto alguno de clemencia; años aislados excepto el vacío de seis años entre 1881 y 1887). Durante este período la media año-acto de clemencia es de 3,3. Si consideramos separadamente el período que va desde la unificación de Italia al fascismo y la etapa fascista de otra parte, obtendremos la media de 3,7 clemencias-año para el primero y de 2,6 clemencias-año para el fascismo. Mientras que considerada en su totalidad la etapa posterior a la caída del fascismo da una media de 1,1 clemencias-año. Si bien en esta última etapa hay que tener en cuenta que en los seis años primeros la media es de 4,6 clemencias-año (que siendo alta no soporta su contraste comparada a la etapa 1862 a 1866 que da una media de 7,6 clemencias-año y a la de los siete años anteriores al fascismo que da una media de 8,3 clemencias-año) y que a continuación se produce la intensidad más baja en clemencias-año de la historia desde la unificación de Italia, a saber, de 0,3 al año.

A la vista de estos datos (39) se puede, provisionalmente, afirmar que la frecuencia en la utilización del instituto de la clemencia (amnistía e indulto) disminuye paulatinamente desde la unificación de Italia a nuestros días. Sin embargo estos datos pueden conducir a la confusión si se piensa que con ello se ha visto reducido el número de beneficiarios a lo largo del tiempo, porque no disponemos de información sobre el número de personas a que alcanza cada acto de clemencia de los referidos, sin lo cual no es posible conservar las conclusiones apuntadas más que a modo de hipótesis que debe verificarse.

Obsérvese por otra parte que la primera etapa que sigue a la caída del fascismo de gran intensidad en actos de clemencia, explicables en cuanto estaba implícita la liquidación de la herencia fascista, se caracteriza porque los actos de clemencia especifican el delito o delitos a que se aplica, es decir, se produce una cierta individualización de los supuestos a que se aplica, mientras que en el período siguiente se utiliza la técnica del conceder indultos y amnistías en un ámbito más amplio, sin especificación de los delitos, aplicándose prácticamente a la totalidad de delitos y penas. Esta observación, a nuestro entender, tiene cierta relevancia por cuanto si la generalizada inexistencia de motivación en los actos de clemencia es un síntoma de utilización arbitraria, el no especificar el delito o infracción a que se circunscribe, o la especificación que no hace evidentes «circunstancias excepcionales e irrepetibles que lo hacen recomendable», deja manifiesta una uti-

---

(39) Datos extraídos de G. CAMERINI, *op. cit.*

lización del instituto de la clemencia contraria a los fines que, como vimos, la justifican.

Si comparamos estos datos con los que pueden extraerse del caso español obtenemos que la intensidad de indultos-año de los periodos 1944-1975 y 1936-1975, son prácticamente idénticos [1,1]. Que en el caso español también se produce una notable disminución en la utilización de la clemencia, aunque ha sido de utilización más homogénea ya que la etapa de más intensidad es la de 1945-1950 con 2,3 actos-año y la de menos utilización de 1965-1975 con 0,3 actos-año.

Por otra parte puede destacarse que la amnistía se ha utilizado muy escasamente hasta 1959 y en ningún caso desde dicha fecha. Obsérvese que de 44 actos de clemencia sólo seis son amnistías y de ellas cuatro otorgadas a delitos fiscales o monetarios, y sólo en dos ocasiones para delitos militares o políticos. Puede igualmente destacarse que la mayoría de indultos, por cuanto a la clase de delito, tiene por objeto delitos o infracciones militares [11] y a ellos le siguen los que tienen por objeto específico delitos e infracciones fiscales [3], circunscribiéndose, por lo general, los indultos (en su mayoría para festejar acontecimientos) a contemplar exclusivamente penas de privación de libertad con exclusión de las pecuniarias, lo que contrasta con la utilización del instituto en Italia.

Como conclusión puede apuntarse (aunque no podemos aportar los datos numéricos necesarios, aparte los expuestos en este epígrafe) que ha sido menos utilizado el instituto de la clemencia en España que en Italia en la posguerra (española y mundial, respectivamente) y que en cualquier caso parece evidente por el contenido de los actos de clemencia en uno y otro país que alcanza a menos beneficiarios en España que en Italia. Lo que a nuestro entender puede recibir dos explicaciones. De una parte el régimen político español de carácter autoritario no necesita tanto el instrumento de la clemencia para conseguir un *consensus* popular (aparte de que puede conseguirlo por procedimientos más eficaces) que no está en el fundamento del propio régimen, como lo está en el caso italiano. Y, de otra parte, porque las contradicciones del ordenamiento jurídico se reflejan con mayor claridad en el sistema de democracia formal italiana que en el autoritario español y que, no dejando la clemencia de ser un instrumento utilizado para remediar momentáneamente las contradicciones (que aunque existentes en el ordenamiento español, muy difícilmente ven la luz pública), parece lógico sea utilizada mayormente en el ordenamiento italiano que en el español.

### III. LA «GRAZIA» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

#### 1. Introducción

El instituto de la *grazia* obtiene su regulación en el ordenamiento vigente italiano en el artículo 87 de la Constitución que atribuye el

ejercicio de la misma al presidente de la República, en el Código penal en su artículo 174 que regula los efectos penales de su concesión y en el Código de procedimiento penal que regula el procedimiento para su concesión y aplicación.

Las semejanzas que existen entre la *grazia* y el «indulto particular» del ordenamiento español son indudables, sin duda de entre los institutos que analizamos las distancias son las menores, no sólo por cuanto a sus efectos, sino por cuanto al procedimiento de concesión y demás elementos del régimen jurídico. Incluso puede destacarse que si en la amnistía y el indulto general el vacío legislativo que existe en el derecho español en relación al italiano es notable, por lo que se refiere a la *grazia* en relación al «indulto particular», la perfilada regulación que este último tiene en la Ley de indulto particular de 1870 poco tiene que envidiar de la regulación que la *grazia* recibe en el Derecho italiano. Pues, como vimos, las deficiencias que se encuentran en el análisis del instituto español son el resultado de trasladar una Ley de 1870 que se corresponde a una Constitución-liberal, el periodo que hemos estudiado que puede caracterizarse desde una perspectiva «jurídico-constitucional» como de poco perfilado y lleno de lagunas típicas de los sistemas autoritarios que otorgan poderes exorbitantes al jefe del Estado.

Sin embargo es curioso que del contraste de ambas legislaciones debe concluirse que la vieja y liberal Ley de indulto particular de 1870 significa el ejercicio del indulto según el sistema de estrecha colaboración entre los Tribunales y el Jefe del Estado, intervención siempre necesaria de los primeros en el procedimiento de concesión y aplicación e, incluso, en ocasiones, decisoria para otorgar ciertas modalidades de indulto particular. Sistema de intervención de los Tribunales que difiere del establecido en el ordenamiento italiano, en el que la colaboración de los mismos, a efectos de la concesión de la *grazia*, con el presidente de la República, no es en ningún caso decisoria.

## 2. La naturaleza jurídica de la «grazia»

La doctrina no es pacífica por cuanto al tema de la naturaleza jurídica de la *grazia*. Se le ha querido atribuir naturaleza jurisdiccional, lo que parece inaceptable tanto por cuanto al sujeto concedente (presidente de la República), como por la actividad o procedimiento de concesión (inexistencia de proceso y de sentencia) no son identificables con los órganos ni con la función jurisdiccional. Sin embargo, la inexistencia de los elementos esenciales del «proceso» no excluye, en principio, la calificación de la *grazia*, tal y como hicimos con el indulto-particular, de actividad del jefe del Estado consistente en un «juicio-no jurisdiccional», por cuanto a la naturaleza de la actividad que realiza el presidente de la República, lo que, sin embargo, no hay que confundir con una actividad jurisdiccional (40).

(40) Vid. MARCHI, *Il Capo dello Stato*, en «Commentario alla Costituzione italiana», dirigido por CALAMANDREI y LEVI, II, Florencia, 1950, p. 117; VASSALLI, en *La*

Sin duda, en virtud de la configuración de la *grazia* en el derecho italiano, no existe desde la perspectiva del particular ningún derecho a la *grazia* y tan sólo una expectativa de derecho que sólo puede ser convertida en derecho por el presidente de la República de modo discrecional. De modo que el derecho sólo existe cuando y en cuanto la *grazia* es concedida y existe en los límites de la concesión. La inexistencia de derecho de los particulares a la *grazia* se concreta no sólo en la imposibilidad de exigir al jefe del Estado que la conceda, sino incluso de que se pronuncie aunque negativamente.

Si desde la perspectiva de los particulares parece clara la naturaleza de «expectativa de derecho» que tiene la *grazia*, que sólo se convierte en derecho al disfrute de los beneficios en que consiste, cuando libremente el presidente de la República la concede en los límites del Ordenamiento, lo que desvirtúa en cualquier caso la naturaleza jurisdiccional de la institución. No obstante, es preciso analizar su naturaleza jurídica desde la actividad que lleva a cabo el presidente de la República.

Se ha intentado configurar a la *grazia* como norma (41), atribución de naturaleza normativa que a nuestro entender no resulta acertada ya que si es cierto que mediante ella se produce la modificación de la pena impuesta o su remisión total, el ordenamiento jurídico permanece inmutable ya que el jefe del Estado no hace más que actuar una potestad que tiene reconocida en el ordenamiento.

La teoría imperante en la doctrina italiana le atribuye a la *grazia* la naturaleza de *atto politico* (42) lo que, a nuestro entender, si bien significa negarle a la *grazia* naturaleza normativa o jurisdiccional, no sirve para indicarnos de modo muy preciso cuál es la naturaleza de la actividad que lleva a cabo el presidente de la República en relación a los particulares, que debe extraerse del estudio del Código penal y el Código de procedimiento penal.

A no ser que quiera configurar a la *grazia* como un acto político arbitrario del jefe del Estado, lo que le privaría de otro fundamento más allá del propio arbitrio, es preciso dilucidar en qué consiste el contenido de la actividad del concedente al conceder la *grazia*, lo que se desprende del artículo 595 del Código de Procedimiento penal, ya que la intervención de órganos judiciales así como la amplia legitimación para pedir la *grazia* sólo tiene sentido como actividad que consiste en juzgar de nuevo a un delincuente con base a criterios (ajenos al Código penal, pero no al ordenamiento jurídico) que hacen referencia a lo «justo». Es en este sentido en el que hay que calificar la actividad en

---

*potestà punitiva*, cit., p. 137, nl. También MICELI, en *Principi di diritto costituzionale*, página 587.

(41) Vid. ZANOBINI, en *I poteri regi nel campo del diritto privato*, Torino, 1967, páginas 70 y ss.

(42) Vid. CHELI, en *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, p. 88; SICA, en *La controfirma*, Napoli, 1953, p. 128, en nota, *non pare dubbio che l'atti di grazia debba essere ricompreso tra quelli di indirizzo presidenziale piuttosto che tra quelli governativi in cui prevale l'elemento politico*.

cuestión como «juicio no jurisdiccional», en el que la politización del acto radica en la discrecionalidad de su concesión, en la situación de supremacía del Estado que puede discrecionalmente conceder o denegar la *grazia*.

Cabe preguntarse hasta que punto es conciliable el principio de igualdad que inspira el ordenamiento jurídico italiano y la *grazia* (43). El tema que ha sido resuelto favorablemente, entendemos que es preciso replantearlo al filo de la siguiente cuestión. ¿Es qué acaso se tiene algún derecho a que se conceda la *grazia* en supuesto similar a otro en que ésta ha sido concedida? Efectivamente, siempre se puede decir que la repetibilidad de un supuesto de hecho es imposible; pero en ese caso tendríamos que concluir que el principio de igualdad está mal formulado como el de que «a situaciones iguales debe corresponder tratamiento igual». Pues bien, a nuestro entender, si se acepta la aplicación del principio de igualdad en el supuesto prefijado, se elimina el único elemento que parece que con claridad ha querido configurar en el que ha querido configurar el Constituyente la discrecionalidad del jefe del Estado, a saber la de conceder o no conceder la *grazia*, sin limitación, en cada caso.

Por lo que, en definitiva, creemos que en la configuración del sistema italiano en que no es posible el control por los Tribunales ni de los actos de concesión de la *grazia* ni de la denegación de la misma, implican la inaplicación en este sector del principio de igualdad.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución italiana el concedente de la *grazia* es el presidente de la República y los beneficiarios de la misma pueden serlo los condenados por sentencia firme, conclusión aceptada pacíficamente por la doctrina (44), lo que no se extrae directamente de lo dispuesto en el Código penal ni en el Código de Procedimiento penal, sino indirectamente ya que uno y otro cuerpo legales hacen referencia a «penas» y «condenado» en sus artículos 174 y 595, respectivamente.

Por cuanto a los sujetos que pueden ser beneficiarios puede observarse que con relación al indulto del ordenamiento italiano no son de aplicación las excepciones que operan en relación a aquél recogidas en los tres últimos párrafos del artículo 151 del Código penal, lo que se destaca por la doctrina en el sentido de afirmar la mayor liberalidad en determinar la extensión de los efectos de la *grazia* que del indulto.

Por lo que se refiere al objeto del beneficio viene determinado por el artículo 174 del Código penal, de modo idéntico para el indulto y

(43) Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 204 y ss.

(44) El artículo 174 del Código penal italiano supone que la *grazia* (indulto particular) vaya aplicada a persona declarada penalmente responsable con sentencia irrevocable. Por tanto, que se le haya impuesto una pena, esto es que se concede la *grazia* a un condenado. Vid. GIROLAMO PENSO, en voz *Grazia*, «Nuovo Digesto Italiano», vol. VI, p. 499, Turin, 1938. Para MANZINI esta misma circunstancia debe concurrir en el indulto (indulto-general), véase *Trattato di diritto penale*, vol. III, p. 339. Vid. sobre el régimen jurídico de la *grazia* G. CAMERINI, *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza*, Padova, 1967, también NOCCIOLI, voz *Grazia*, en «Enc. Forense», Milano, 1958.

la *grazia* y consiste, como se dijo más atrás, en las penas impuestas, las principales en cualquier caso y las accesorias sólo en el caso de que se disponga expresamente en el Decreto de concesión de la *grazia*, no siendo en ningún caso objeto del beneficio los demás efectos de la condena.

Los efectos que produce la aplicación de la *grazia*, consisten en condonar en todo o en parte la pena impuesta o en conmutarla por otra especie de pena establecida en la ley de menor gravedad. No parece dudoso que la *grazia* una vez concedida es irrevocable, pero puede estar sujeta a condiciones (45). Esta cuestión es de las más debatidas por la doctrina. Efectivamente al regular el artículo 174 los efectos del indulto y la *grazia* y remitirse dicho artículo al 151 sólo por lo que respecta al indulto, parece que se está excluyendo la posibilidad de que se condicione la producción de efectos por el Decreto de *grazia*. Sin embargo la interpretación debe ser la inversa en el sentido de que no se ha querido limitar el ámbito de sus efectos, como en el caso del indulto y la amnistía, en el ámbito del Código penal. No obstante, la regulación de la *grazia* condicionada por el artículo 596 del Código de procedimiento penal, dada su entidad de norma procesal que no tiene su correspondiente en el Código penal, no resulta fácil, sobre todo si se tiene en cuenta que ambos cuerpos legales se promulgaron simultáneamente.

Con todo no puede dudarse en base a la Constitución al Código de procedimiento penal en su artículo 596, y ni siquiera al Código penal, que puedan concederse *grazia sospensivamente condizionata*, si bien la condición de la que dependa la aplicación del beneficio no podrá ser contradictoria con el fundamento del instituto (46), pudiendo ponerse en duda la constitucionalidad de ciertas condiciones incoherentes con la finalidad prevista por la Constitución (47). Porque la atribución de naturaleza política o su configuración como *strumento* político

(45) Sobre el tema de la *grazia* (o indulto particular) condicionada es de indudable interés el artículo de GIULIANO VASSALLI, en *Studi in Memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, 1974, titulado *Sulla Grazia condizionata al versamento di una somma*. Para este autor es incuestionable la legalidad del instituto de la *grazia* condicionada (p. 2363) no sólo por su base legal (art. 596 del Código de Procedimiento penal), sino porque la conversión de la *grazia* en un instituto moderno, es decir, para su utilidad penitenciaria y pospenitenciaria puede ser un instrumento indispensable de control y de reeducación del condenado (p. 2369). Concluye por otra parte que la condición del pago de una suma de dinero, después de un lúcido razonamiento jurídico, y en base al artículo 23 de la Constitución italiana, es una práctica inconstitucional. Es decir, que la condición a que se somete al condenado debe ser coherente con la finalidad del instituto de la *grazia*.

(46) Vid. ALOISI, en *Manuale pratico di procedura penale*, vol. IV, Giuffrè, 1943, pp. 146 y ss.: *Le condizioni apposte ai provvedimenti di grazia e di indulto possono avere solo natura risolutiva, in questo senso la sentenza dalla cassazione, 11-10-1950 ha statuito che l'art. 596 Codice Procedimento penale prevede «condizioni sospensive per l'amnistia e condizioni esclusivamente risolutive per l'indulto e la grazia» contra questa la sentenza della Corte di cassazione 8-11-1966 ha modificato il precedente punto di vista asserendo che le condizioni apposte ai provvedimenti di grazia hanno carattere sospensivo». Vid. en este sentido G. CAMERINI, op. cit., p. 29, en contra SANTORO, en *L'esecuzione penale*, UTET, 1953, pp. 247 y ss.*

(47) Vid. en este sentido VASSALLI, en *Sulla grazia condizionata al versamento di una somma*, en «Studi in memoria di C. Esposito» 1972.

ejercido por el jefe del Estado no le priva al instituto del *fundamento* que lo convertiría en un instrumento arbitrario, del poder político.

Problemas de otra índole presenta la aceptación de la *grazia risolutivamente condizionata*, por cuanto una vez aplicada, si producido un evento se resuelve el beneficio, esto implicaría la imposición de una pena con carácter retroactivo, lo que contradice el principio de reserva de Ley en materia penal. Sin embargo esta objeción es salvada por el artículo 596 del Código penal. De nuevo la determinación de circunstancias resolutorias entendemos que deberá hacerse y podrá hacerse sólo cuando éstas no contradigan el fundamento del instituto y la finalidad que con él se persigue.

Llegados a este punto cabe plantearnos si es posible la regulación más extensa del instituto por una Ley ordinaria, posibilidad que es observada con cierta prevención por un sector doctrinal. A nuestro entender la Constitución lo único que hace es determinar quién es el competente para conceder la *grazia*, lo que se extrae del artículo 87 en el que se clasifica como un acto del jefe del Estado, pero en ningún supuesto entendemos que la Constitución haya querido conferir un poder sin límites, que debe fijarse por la legislación ordinaria hasta el punto de reducir a muy estrechos márgenes el ejercicio de dicha potestad (48). En realidad esto se ha producido en el Código penal que dispone el procedimiento de concesión y aplicación. Incluso puede dudarse que la Constitución esté garantizando una esfera de discrecionalidad que en todo caso vendría referida a la conveniencia de otorgar la gracia y a la extensión de sus efectos en el ámbito de la legislación ordinaria que los regule.

### 3. El procedimiento para la concesión de la gracia. Aplicación. Garantías.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 595 del Código de procedimiento penal, están legitimados para solicitar la gracia *il condannato, un suo prossimo congiunto* (con relación al 307, 4 (Código penal, *o dalla persona che esercita sul condannato la tutela o la cura, ovvero da un avvocato o da un procuratore*, sistema de cierta amplitud aunque menor que el español que permite que cualquier «interesado», sin límite, pueda solicitar la *grazia*).

La solicitud de *grazia* que se dirige al presidente de la República se presenta al ministro de Justicia, directamente o a través del *procuratore generale presso la corte d'appello del distretto nel quale ha sede el publico ministero o il pretore competente per l'esecuzione della condanna, o alla direzione del carcere che la trasmette con le sue osservazioni al predetto procuratore generale*. Observamos que la intervención de los jueces es o puede ser importante, pero en ningún

(48) Vid. GEMMA, en *Norme costituzionali*, op. cit., p. 407, nota 78. En contra G. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 183.

caso preceptiva, ya que el *procuratore generale* podrá, y así se suele proceder a los efectos de presentar la solicitud al ministro de Justicia, requerir el parecer de aquéllos, pero no está obligado a hacerlo ni aquél ni el ministro de Justicia, tal y como se dispone en la Ley española de 1870.

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina (49) como la tramitación de la *grazia* en el Ministerio de Justicia, en el que en definitiva se elabora la propuesta, teniéndose en cuenta los miles de ellas que se elevan anualmente, ha burocratizado el instituto excesivamente hasta el punto de ser irreconocible su dimensión política. Pero en cualquier caso esta dimensión real de la *grazia*, cuya solicitud se ha convertido en habitual, una vez agotadas las posibilidades ante los Tribunales, hace difícil un tratamiento «político» (50) que parece más acorde a su naturaleza, pero que requiere a su vez su más prudente utilización. Porque, una masiva utilización, implica una constante corrección de la actividad de los Tribunales que refunda en su desprestigio y atenta al fundamento de la propia institución que persigue una efectiva «personalización de la pena».

La *grazia* se concede por el presidente de la República, a propuesta del ministro de Justicia, y con la contrafirma de este último. De nuevo en este lugar hay que dilucidar los papeles respectivos del presidente y el ministro en la emanación del acto de *grazia*. Las teorías al respecto son contradictorias y van desde afirmar que se trata de un acto sustancialmente ministerial (51) hasta sustancialmente presidencial (52). Los argumentos en uno y otro caso, que han sido analizados reiteradamente por la doctrina, lo que nos evita su reconsideración, tienen en su base la mayor de las veces un fundamento histórico (53) y suponen la marginación de la Constitución como intento

(49) Vid. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 218 y ss.

(50) Vid. G. CAMERINI, *op. cit.*, p. 18: *Non pare dubbio ch el'atto di «grazia» debbe essere ricompreso tra quelli di indirizzo presidenziale piuttosto che tra quelli governativi in cui prevale l'elemento politico*, y después en p. 20; *atto di indirizzo presidenziale della cui opportunità e del cui contenuto il Presidente della Repubblica è arbitro, potendo domani essere chiamato a rispondere del suo operato in relazione all'atto stesso a norma dell'art. 90 Cost., e che la consuetudine di una proposta ministeriale va sì collegata non ad esigenza di carattere strutturale bensì strumentale in quanto, dato l'enorme numero di domande annalmente avanzate, appare necessario provvedere preliminarmente ad una loro cernita presentando all'esame del Presidente solo quelle che viene, effettuata da quell'organo tecnico che è il Ministro di Grazia e Giustizia mediante la proposta, la quale rivista quindi solo natura di consiglio e di suggerimento ma da cui il Presidente potrebbe prescindere ove volesse concedere una grazia che il Ministro, magari per ragioni politiche, non intendesse proporre.*

(51) Paolo BARILE, en *I poteri del presidente della Repubblica*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 1958, p. 352, ... *e la prassi in temma di grazia rende il Ministro della Giustizia il vero arbitro del potere relativo.*

(52) Vid. M. PALMERI, en *Il soggetto attivo del potere di grazia e il Presidente della Repubblica*, en «Rass. dir. pubb.», 1953, p. 298: *Tutti gli atti di grazia presidenziale, nessuno escluso, rientrano invece nelle categorie degli atti esclusivamente del Presidente, senza alcuna interferenza giuridicamente rilevante del governo o di altri organi.*

(53) Vid. GUARINO, en *Il Presidente della Repubblica italiana*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 1951, p. 967: *Attività igualmente di indirizzo presidenziale sono la con-*

de instrumentación de un sistema original en el que, sin embargo, no está ausente la complejidad.

Por nuestra parte, aun dejando constatado que la Constitución en su redacción deja la posibilidad de muy variadas soluciones, acogemos la doctrina que califica la relación entre el presidente y el ministro como de «colaboración» (54), lo que no está exento de dificultades, porque si parece evidente que el presidente no puede conceder la *grazia* sin la propuesta y contrafirma del ministro de Justicia (55), el presidente, pese a la propuesta del ministro podrá denegar la *grazia*. Y en el caso de que sea concedida, la colaboración tendrá una «consistencia específica» en los límites apuntados.

Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 595 del Código de procedimiento penal, la *grazia* es aplicada por *il pubblico ministero presso la corte o il tribunale che ha pronunciato la condanna, e rispettivamente il pretore per le condanne da lui pronunciate*, ordenando si procede la liberación del condenado o preveyendo para que se anote el decreto de *grazia* en la sentencia (al margen o al fin de la misma) o en el decreto de condena. Adviértese que estos órganos (tal y como ocurre en el sistema español) no actúan en cumplimiento de funciones jurisdiccionales.

De enorme trascendencia es lo que se refiere al posible control de los actos de *grazia*. A estos efectos conviene tener en cuenta la operatividad del principio de igualdad (56). Efectivamente puede entenderse que la Corte constitucional puede entrar a revisar si un acto de *grazia* desde la óptica de la igualdad ha violado el orden de competencias establecido en la constitución. Porque con una continuada concesión de actos de *grazia* a supuestos idénticos y bajo el pretexto del cumplimiento del principio de igualdad («dar a situaciones iguales un tratamiento igual»), se estaría invadiendo el ámbito de competencias del Parlamento en materia de indulto y contra el fundamento de la *grazia* caracterizada por ser un *provvedimento individuale* cuando

*cessione della grazia e la commutazione delle pene. La grazia è attribuita al Presidente perché comporta l'intervento dello Stato nella sua unità e nella sua maestà, y más adelante: Il fondamento dell'attribuzione del potere di grazia va dunque distintamente ricercato nel carattere rappresentativo ed in quello imparziale del Presidente.*

(54) Vid Carlo ESPOSITO, en *Controfirma ministeriale*, Milano, 1962, p. 62: *Il vero è che gli atti del Capo dello Stato controfirmati dai ministri non costituiscono né una risultante di due atti, l'uno del Capo dello Stato, l'altro dei ministri, che in virtù del diritto si compungano ad unità, ma sono la risultante di una «collaborazione personale», prevista ed imposta dal diritto, tra el Capo dello Stato e i ministri (o ad essere più precisi: tra gli uomini che ricoprono l'una e l'altra carica). Corrispondentemente, la controfirma ha il significato di una certificazione o confessione che il Ministro ha personalmente collaborato col Capo dello Stato ed esercitato la propria influenza su di esso, cuando il Capo dello Stato compiva l'atto.*

(55) En contra, vid. M. PALMERINI, op. cit., p. 298: *Potrà cioè aversi già un atto di grazia senza proposta ma con controfirma, sia un atto di grazia senza proposta e senza controfirma o unicamente consistente nella manifestazione di volontà, scritta od orale, del Presidente della Repubblica.*

(56) Vid. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 211.

precisamente su causa está en lo individual del caso, en la imposibilidad de hacer un juicio *ex ante*, basada la *grazia* en la equidad, y el indulto general en el interés del Estado.

De modo que no es posible suplir y evitar el indulto a base de repetidas concesiones de *grazia* a situaciones generalizadas pero individualizables *a priori*. En estos supuestos es posible el control por la Corte Constitucional del orden de competencias constitucionales entre el Parlamento y el presidente de la República a los efectos de dilucidar si la repetición de actos de *grazia* implicaba la violación de la competencia del Parlamento en materia de indulto.

Aparte de este control competencial parece problemático y es descartado por la doctrina el control material de los actos de *grazia*. Los jueces no constitucionales debe entenderse que tienen una intervención controladora a efectos exclusivamente «formales», es decir de los elementos de los cuales se pueda deducir la nulidad del *provvedimento*. Téngase en cuenta que inexistente un control de oficio del contenido de la *grazia*, éste resulta impracticable tanto en caso de concesión favorable en el que falta interés en el recurso, como en el caso de denegación porque es inexistente el acto de denegación.

#### 4. Conclusión

De la comparación entre el sistema español e italiano de «indulto particular» y *grazia* destaca la coincidencia de sus regímenes jurídicos en su específica operatividad. En ambos supuestos es el jefe del Estado el concedente de la *grazia*, a propuesta del ministro de Justicia y con su «controfirma». En ambos supuestos es difícil de resolver la específica consistencia de la relación entre jefe del Estado y ministro, si bien estas problemáticas se insertan en ordenamientos constitucionales diferentes.

Si en el ordenamiento italiano es posible diferenciar a nivel constitucional la *grazia* de la amnistía y del indulto, esto resulta imposible en el ordenamiento español, en el que por lo que se refiere al tratamiento constitucional, escasísimo, se equiparan las tres figuras. Sin duda por esta razón, lo que resulta paradójico, las interferencias entre dichos institutos de la clemencia se dan raramente en el sistema español (sobre todo en lo referido a indulto general y particular) y pueden tener lugar en el italiano de lo que pueden resultar conflictos de competencias entre el Parlamento y el jefe del Estado.

La vieja Ley española de indulto-particular de 1870 puede estimarse, es más rigurosa por cuanto a la determinación del régimen jurídico de la *grazia*, a excepción del tema de los recursos. Quizá en esta regulación se encuentra la diferencia central entre ambas instituciones. La vieja y liberal Ley de 1870, ajena a las vicisitudes del régimen político español que se instaura en 1936, significó la jurisdic-

cionalización del «indulto-particular» y en cualquier caso su «judicialización», conservada hasta nuestros días. Sin embargo, la configuración de la *grazia* en el sistema italiano no tiene perfiles exclusiva y excluyentemente «judiciales», aunque sin duda se tiende hacia ellos.

Las diferencias más destacables podrían radicar en el «control» de la Corte constitucional y de los Tribunales sobre la *grazia*. Pero, como vimos, el control está muy limitado. Si bien la inexistencia en España de un Tribunal constitucional, que no puede entenderse suplido por el llamado «recurso de contrafuero», que resuelve el propio jefe del Estado, hace todavía más inviable el control de los actos de *grazia*.

La índole de esta institución tanto en la configuración italiana como en la española es el resultado, de una parte de la conservación por la Constitución de poderes en el jefe del Estado de la etapa absolutista, y de otra parte de la específica configuración que reciben los Tribunales en la concepción de MONTESQUIEU, a la que nos referimos más atrás. Porque aun en el supuesto de que la actividad del concedente sea reglada, hasta que la *grazia* o el indulto-particular no se configure como un derecho para el particular—en cuyo caso estaría desapareciendo el carácter esencial de la institución—, derecho a solicitarlo y a obtener la concesión cuando se cumplan las condiciones establecidas en la Ley, se estará justificando y configurando en el jefe del Estado un instrumento arbitrario, en definitiva, en el Poder ejecutivo que puede conceder o no conceder la *grazia*, sin que esta decisión esté sometida a ningún control.

Estas afirmaciones no implican el rechazo de la institución, sino de su configuración actual. Su más coherente instrumentalización, su compatibilidad en el principio de igualdad, requeriría la juridificación de las circunstancias que en la actualidad son operativas a los efectos de conceder la *grazia* y, desde luego, su actuación por los Tribunales.

Y entiéndase que contraponemos Poder judicial a Administración y no a Poder político, porque en la actualidad, aunque el teórico titular de la potestad sea el jefe del Estado, de hecho es decisiva a los efectos de conceder o no conceder la *grazia*, la intervención del ministro de Justicia y prevalentemente de los funcionarios encargados de tramitar el expediente de *grazia*. La intervención de la Administración se ha convertido en la actualidad en una pieza fundamental, y siendo así nos parece inadecuado que se encuentre preferible residenciar la *grazia* en el Poder ejecutivo, en vez de en los Tribunales, cuando esto lleva su residencia efectiva en la Administración.

A través del procedimiento que hemos señalado, la Constitución italiana ha sido instrumentalizada, en la aparente configuración del jefe del Estado como titular de la potestad de *grazia*, como una «simulación». Se simula el ejercicio de la *grazia* como una potestad-residual del jefe del Estado, cuando de hecho se está traspasando esta potestad, en su efectivo ejercicio, a la Administración. Y en cualquier

caso la práctica de la *grazia* ha significado la absorción de la potestad por la Administración que, de modo arbitrario, sin la posibilidad de control, puede proponer o no al jefe del Estado la concesión de la *grazia*.

Por otra parte la *grazia* es de un enorme interés por cuanto la relación de «colaboración» mediante la cual se instrumentan las relaciones en el presidente de la República y el ministro de Justicia a los efectos de su concesión, es sintomática de las relaciones entre el presidente de la República y el Gobierno. Desde la perspectiva de la ciencia política es, a nuestro entender, un inmejorable campo de observación del proceso de las relaciones entre jefe del Estado y Gobierno.

Enrique LINDE PANIAGUA

## BIBLIOGRAFIA

