

Roj: **STS 540/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:540**Id Cendoj: **28079130072014100041**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **30/01/2014**Nº de Recurso: **407/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil catorce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 407/2012 que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña MARIA DOLORES DE HARO MARTINEZ, por el Procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, contra Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 11 de mayo de 2012, por el que se deniega el Indulto a la recurrente Doña Piedad . Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado y en defensa de la legalidad el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 14 de febrero de 2013 Doña María Dolores de Haro Martínez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de DOÑA Piedad , formalizó la demanda en el presente recurso contencioso-administrativo en el que tras alegar cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, terminó suplicando que por esta Sala se dictara " *una nueva resolución ajustada a Derecho, con demás pronunciamientos fueren de menester en Derecho* ".

SEGUNDO.- Por escrito de entrada en este Tribunal en fecha 15 de marzo de 2013 se contesta a la demanda por el Abogado del Estado, en el que tras alegar cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente terminó solicitando la inadmisión del recurso por tratarse de cuestión ajena al procedimiento de derechos fundamentales de la persona, y subsidiariamente se desestimara, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

TERCERO.- El Fiscal, por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 2 de abril de 2013 efectuó sus alegaciones en defensa de la legalidad y terminó solicitando de la Sala que se declarara la inadmisibilidad del recurso o subsidiariamente su desestimación con imposición de las costas procesales a la parte recurrente.

CUARTO.- Se ordenó que las actuaciones quedasen pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 16 de octubre de 2013, en que tuvo lugar , y estando pendiente de fallo por el Pleno de la Sala el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros concediendo un indulto en el recurso contencioso- administrativo número 13/3013, se acordó proseguir la deliberación del presente recurso, una vez se publicara la sentencia de este último recurso, por lo que continuo la deliberación el día 29 de enero de 2014, con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Aparecen como premisa fáctica del presente recurso contencioso-administrativo los siguientes hechos:

1.- En fecha 17 de diciembre de 2009, el Tribunal del Jurado constituido en el seno de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia por la que condenó a la actora, Doña Piedad como autora de un delito consumado de asesinato, concurriendo la eximente incompleta de trastorno mental transitorio y la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de cinco años y ocho meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Dicha sentencia adquirió firmeza por conformidad de la acusada con la petición formulada por el fiscal.

2.- Con posterioridad la representación de la condenada presentó un escrito en el Ministerio de Justicia solicitando el indulto total o, de modo subsidiario, parcial de la pena privativa de libertad impuesta, acordando el Tribunal sentenciador, por medio de Auto de 29 de octubre de 2010, la suspensión de la ejecución de la pena en tanto se resolvía el expediente de indulto iniciado.

3.- Finalmente, por Acuerdo adoptado en reunión del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2012, le fue denegado el indulto solicitado.

4.- Contra dicho Acuerdo del Consejo de Ministros, la representación procesal de la actora ha interpuesto recurso contencioso- administrativo.

SEGUNDO.- La recurrente sostiene en su demanda en el hecho único de la misma, que el acuerdo recurrido carece de motivación, y entiende que ello le ha supuesto la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva. A la recurrente se le denegó el indulto, al ser incluida en un listado de indultos denegados, sin motivación alguna, pese a existir informe favorable de la Audiencia Provincial de Alicante que la juzgó, como del Centro Penitenciario de Foncalent y haber aportado documentación sobre su trayectoria personal, favorable.

Como sostiene el Fiscal el recurso contencioso-administrativo se apoya en la vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una resolución, en este caso no emanada de un órgano del Poder Judicial sino del Poder Ejecutivo, que sea motivada. Lo que a su juicio, contraviene el contenido esencial del derecho fundamental invocado reconocido en el artículo 24.1 CE y también el artículo 120 del mismo Texto Constitucional.

Por otra parte la demandante, aunque sin denunciarlo de modo expreso, hace alguna alusión a la posible vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, poniendo como término referencial de comparación el del indulto parcial concedido a otra persona condenada como autora de un delito contra la seguridad vial en concurso ideal con un delito de homicidio, otro de lesiones, una falta de lesiones y otra de daños a la pena de trece años de prisión, así como a las accesorias correspondientes.

Como sostiene el Fiscal, la actora en ningún momento ha cuestionado la adecuación a derecho de los elementos reglados que conforman el expediente de indulto ni tampoco que el Gobierno se haya extralimitado en el ejercicio de las competencias que la Constitución y la Ley reguladora del Derecho de Indulto le atribuyen.

Recuerda la sentencia de 23 de enero de 2008 , entre las más recientes, en la que se indica que « esta Sala ha declarado en sentencia de 16 de enero de 2.008 que..., existe una línea jurisprudencial reiterada..., conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1/1.988 de 14 de enero, que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional ..., exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que ... , el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los artículos 19 a 32 de la Ley de Indulto ". Y esta sentencia concluye de modo contundente con la afirmación de que " no resultan, en definitiva,- de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno... ".En definitiva ,"e l acto de conceder o denegar un indulto constituye , en definitiva, " ...un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala ".

En consecuencia, para el Fiscal, al margen del control jurisdiccional de los elementos reglados que conforman el expediente de indulto y el ámbito de las competencias que constitucional y legalmente le han sido atribuidas al Gobierno (aspecto éste especialmente enjuiciado en la reciente STS de 20 de febrero de 2013 , antes citada, en relación con el contenido material del indulto), los actos de concesión o denegación del indulto revisten una configuración excepcional que no encaja en la categoría de los actos discrecionales emanados



de la Administración, que sí deben ser motivados (artículo 54.1.f Ley 30/1992), tratándose, por el contrario, de verdaderos actos graciabiles que están encuadrados dentro de la categoría de los actos políticos que corresponden al Gobierno de la Nación en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 97 CE en relación con el artículo 5, k) de la Ley 50/1997, del Gobierno .

Por todo ello, tanto el Fiscal, como el Abogado del Estado sostienen que el recurso es inadmisibile, al haber utilizado el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, dado el carácter limitado de su objeto, al ser el acto controlable exclusivamente por sus aspectos formales, pero no la decisión de fondo. Recuerda el Fiscal que así lo ha entendido el Tribunal Constitucional que, en su ATC 360/1990 (FJ 5º) ya declaró que *"...el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que esas decisiones sean fiscalizables sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluyendo este Tribunal Constitucional. Por ello una cosa es la distinta valoración de las circunstancias de un caso que puedan hacer el Gobierno y el afectado, y otra que se estén vulnerando Derechos Fundamentales de quien fue condenado por la realización de un ilícito legalmente tipificado"*. (En el mismo sentido, el FJ Único del ATC 278/1997).

Sin embargo no procede admitir esta inadmisibilidat, porque, aun cuando es cierto que el recurrente da por buena, al no impugnarla, la tramitación procedimental del indulto, alega la violación de dos derechos fundamentales que entiende concernidos, y la violación o no de los mismos constituye precisamente la cuestión de fondo en la que debemos entrar.

TERCERO.- La recurrente sostiene que la exigencia de motivación se deriva de los artículos 24 y 120 de nuestra norma constitucional, sea el indulto positivo, o negativo.

Posteriormente la recurrente efectúa unas disquisiciones sobre el carácter formal y material de la motivación que esta Sala podría compartir, para terminar apuntando un posible trato desigual con el indulto concedido a favor del condenado Don Anton , conforme al Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, cuya impugnación ha sido analizada y estimada por el Pleno de esta Sala en reciente sentencia de fecha veinte de noviembre de dos mil trece .

En el fundamento jurídico segundo de su demanda reconoce el recurrente el carácter discrecional de la decisión del indulto, si bien entiende que ello no implica que pueda establecerse un limite a la misma en virtud del principio de arbitrariedad, proscrita en el artículo 9.3 de la Constitución Española , entendida como un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho. Y por otra parte sostiene la existencia de falta de motivación, exigible a todo acto administrativo, citando en apoyo de ambos argumentos distintas sentencias tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la posible vulneración de la tutela judicial efectiva que prevé el artículo 24.1 de la Constitución no se dá, pues es evidente que dicha tutela se le otorga precisamente con este proceso y con esta sentencia, sin que la falta de motivación del acto administrativo, (condición que no reúne el acto resolutorio del derecho de gracia), sea en todo caso, causa de vulneración de dicho derecho fundamental, pues es un defecto de forma, cuyo efecto jurídico, para los actos administrativos, de causar indefensión, es la anulación del acto, con retroacción de actuaciones o sin ella (artículos 54 , 55 y 63 de la ley 30/1992), pudiendo el particular en el proceso eliminar dicho defecto mediante las pruebas correspondientes, solicitar la anulación del acto, etc. Por otra parte esta situación se da siempre en los supuestos de silencio administrativo. En consecuencia, aunque esta Sala pueda compartir la jurisprudencia que la recurrente cita acerca de la importancia y naturaleza de la motivación en los actos administrativos, ni nos encontramos ante un acto de esta naturaleza, ni se le ha producido al actor vulneración de dicha tutela, pues en la hipótesis de que nos encontráramos, como defiende la recurrente y niega la jurisprudencia, ante un derecho subjetivo al indulto, la actora podría haber demostrado en vía judicial la exigencia de los presupuestos jurídicos que lo avalaran. En consecuencia, no se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

QUINTO.- En cuanto al segundo de los derechos fundamentales que la recurrente dice afectados, el de igualdad, pretensión complementaria formulada implícitamente, comparando su petición desestimatoria, con la de otro penado que, condenado a pena más grave que la impuesta a aquélla, le ha sido, en cambio, concedido, lo que, a su juicio, le habría deparado un trato discriminatorio, entiende el Fiscal y el Abogado del Estado y comparte esta Sala que debe ser igualmente desestimada.

En primer lugar porque el supuesto de hecho ofrecido como término de comparación no es semejante al de autos; las circunstancias personales del beneficiado por el indulto son distintas a las de la actora, los delitos por los que fueron condenados son igualmente diferentes y el sentido de los informes emitidos también distintos, por lo que, desde la perspectiva del principio de igualdad en la aplicación de la Ley faltaría el presupuesto referencial básico que permitiera establecer un juicio comparativo entre un caso y otro.



Pero es que además, la naturaleza del indulto como acto graciable y, en consecuencia, revestido de una total libertad en la decisión, impide establecer ese juicio de ponderación que es propio del examen de la vulneración de este derecho fundamental porque, aún cuando se tratara de supuestos idénticos, la concesión o denegación del indulto en uno y otro supuesto quedaría sometida a la propia discrecionalidad del Gobierno, cuya decisión de fondo, en principio, no es susceptible de revisión, ni en la vía jurisdiccional ni tampoco en el trámite del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTS de 28 de abril y de 5 de mayo de 2009 , Recursos núms. 487/2008 y 570/2008 y ATC 360/1990).

SEXTO.- La sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2010 , en su fundamento jurídico primero sostiene lo siguiente:

" (...) la pretensión formulada en el suplico de la demanda de que se reduzca el plazo de cinco años proporcionalmente al tiempo de condena cumplido y a la situación personal del recurrente, y ello por considerarse desproporcionado, supone una clara invitación a este Tribunal a que incida en aspectos sustantivos de la aplicación del derecho de gracia para sustituir la resolución adoptada por el Consejo de Ministros por otra que siga la valoración del interesado, aquí recurrente.

En la sentencia citada de 5 de mayo de 2009 se expresa, siguiendo sentencia de 23 de enero de 2008, que "esta Sala ha declarado en sentencia de 16 de enero de 2.008 que, como se recoge en Sentencia de 12 de diciembre de 2.007 , existe una línea jurisprudencial reiterada, y que se recuerda, a título de ejemplo, en Sentencias de 27 de mayo de 2.003 , 16 de febrero de 2.005 y 11 de enero de 2.006 , conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1/1.988 de 14 de enero, que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que es ejemplo la sentencia de 3 de junio de 2.004 , exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como ya declaramos en sentencia de 21 de mayo de 2.001 , el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los artículos 19 a 32 de la Ley de Indulto ", añadiendo que la decisión del Gobierno "... en sus aspectos sustantivos no es susceptible de sustitución por la valoración del propio interesado o de los órganos jurisdiccionales, y formalmente se sujeta a la solicitud o proposición en los términos establecidos en los arts. 19 , 20 y 21 de la Ley de 1870, y evacuación de los informes y audiencias que se establecen en dicha Ley , cuya observancia no se cuestiona en este caso, por lo que no cabe apreciar tampoco la nulidad al amparo del art. 62.1.e) de la Ley 30/92 , que se refiere a la total inobservancia del procedimiento establecido, lo que no puede predicarse del caso en el que, como aquí ocurre, se ha estado a las exigencias del procedimiento específico establecido al efecto, mediante la invocación de preceptos de carácter general de la Ley 30/92, cuya aplicación al caso y según hemos señalado antes no resulta adecuada".

Esta Sala, a través del Pleno de la misma, ha dictado recientemente sentencia de fecha veinte de Noviembre de dos mil trece , parcialmente estimatoria del recurso interpuesto contra la concesión de indulto en el caso citado por la recurrente como elemento de comparación, y en dicha sentencia se introduce la posibilidad de controlar el ejercicio positivo de la facultad de indulto, a través de la interdicción de la arbitrariedad, cuando el ejercicio de dicha potestad de indulto aparece como arbitrario, por aplicación del artículo 9.3 de nuestra norma constitucional.

Sin embargo, en el presente caso no estamos ante una concesión de indulto, que por oponerse a una sentencia firme, debería respetar dicho límite, sino ante la denegación de un indulto, para el que nunca se exigió en la Ley de Indulto la necesaria motivación. La Jurisprudencia ha venido negando que el acto denegatorio del indulto sea controlable en cuanto al fondo por los Tribunales, precisamente porque el acto de denegación del indulto no se contrapone al principio de ejecutividad de las sentencias firmes, que de conformidad con los artículos 117 y 118 de la Constitución corresponde llevar a cabo por los Jueces y Tribunales. En otras palabras no existe un derecho subjetivo al indulto, sino tan solo a solicitarlo y a que se tramite en su caso por el procedimiento legalmente establecido, y resuelva sin arbitrariedad

SEPTIMO.- La desestimación del presente recurso conlleva la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , y en virtud de la habilitación que se concede en dicho precepto se limita el alcance de las mismas a la suma máxima de 6.000 euros.

FALLAMOS



1º.- No ha lugar al recurso contencioso-administrativo número 407/2012 interpuesto por la Procuradora Doña MARIA DOLORES DE HARO MARTINEZ, por el Procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, contra Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 11 de mayo de 2012, por el que se deniega el Indulto a la recurrente Doña Piedad .

2º.- Se condena en costas a la parte recurrente, en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo**

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que, al amparo de lo dispuesto en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Celsa Pico Lorenzo al disentir parcialmente de la decisión adoptada por la Sección en la sentencia pronunciada el 30 de enero de 2014 en el recurso de casación 407/2012.

PRIMERO .- Entendemos oportuno comenzar nuestro respetuoso voto disidente de la decisión mayoritaria de la Sala que entiende que en la ley de indulto nunca fue precisa la motivación (FJ Sexto) frente a decisiones denegatorias realizando una serie de consideraciones que ubiquen nuestra concepción de la institución del indulto para luego concluir que defendemos la necesidad de la motivación también en este caso.

Ha de subrayarse que el proceso se ha tramitado por la vía del proceso de protección de derechos fundamentales por lo que no está en discusión sólo un acto concerniente a una denegación de indulto sino la invocación del art. 24 CE , ejercicio del derecho de defensa, en relación art. 120 CE , motivación e implícitamente, dada la argumentación lesión del principio de igualdad.

No está de más recordar que el derecho de gracia como institución inmemorial existe en la generalidad de los Estados de nuestro entorno jurídico-cultural si bien engarzado con su respectivo sistema jurídico político lo que comporta que no sea homogénea la consideración de la institución independientemente de su denominación.

En nuestro sistema constitucional vigente corresponde al Rey ejercitar el derecho de gracia con arreglo a la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por Ley 1/1998, de 14 de enero.

La precitada regulación de 18 de junio de 1970 ha ido pareja a la consignación en el Código Penal de 1870 de una disposición de naturaleza equitativa que ha ido transitando , eso si con sutiles modificaciones en su redactado, a lo largo de los distintos códigos penales elaborados desde entonces tanto en su totalidad como en las sucesivas reformas parciales.

Nos referimos al actual art. 4 del Código de 1995 en el apartado relativo a la facultad del juez o tribunal sentenciador de proponer al Gobierno la concesión de indulto cuando de la rigurosa aplicación de la ley resulte penada una acción en que la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo. Se trata de un precepto análogo al reflejado en el art. 20 de la Ley de 18 de junio de 1870 .

SEGUNDO.- Las dificultades de la incardinación del indulto en nuestro marco vigente han sido puestas en evidencia en fecha reciente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su ATS 20285/2012 de fecha 9 de octubre de 2012 , FJ Segundo ha dicho " **la genealogía del cuestionado instituto del indulto: prerrogativa regia y manifestación de "justicia retenida" en su origen. Herencia del absolutismo, al fin y al cabo, de no fácil encaje, en principio, en un ordenamiento constitucional como el español vigente, presidido por el imperativo de sujeción al derecho de todos los poderes, tanto en el orden procedimental como sustancial de sus actos; y, en consecuencia, por el deber de dar pública cuenta del porqué de los mismos.**"

TERCERO.- Las precedentes referencias al Código Penal tienen su razón de ser en poner de manifiesto que la única reforma legal llevada a cabo en la Ley de 1870 deriva de una proposición de Ley que pretendía agilizar la tramitación de los indultos peticionados por los tribunales sentenciadores (BOCG 14 de enero de 1987) mas que sin explicación alguna se llevó por delante la tradicional exigencia de la motivación.

No está de más recordar que, pese a que no era voluntad del enmendante suprimir la "motivación" sino exclusivamente proponer una tramitación preferente para los expedientes de indultos en que concurren determinadas circunstancias, aquella se produjo con ocasión de la presentación de algunas enmiendas para corregir "defectos" observados en la proposición. (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 1987, 24 de septiembre) . Así la enmienda 6 al art. 30 propuso la sustitución de "Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros" por "Real Decreto" respondía a la motivación de "adaptación de terminología".



Tal "adaptación de terminología" fue aprobada por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados con competencia legislativa plena siendo aprobada por el Pleno del Senado en sesión del 18 de diciembre de 1987 (BOCG, Senado 29 diciembre de 1987).

Quizás esa ausencia de explicación radique en que la modificación legal deriva de una proposición de ley y no de un proyecto de ley. Y si bien en ambas son preceptivas las exposiciones de motivos por exigencia del vigente Reglamento del Congreso de los Diputados, arts. 109 y 124, las segundas, en general, suelen tener mejor técnica legislativa en razón de la preceptividad de informes y memorias de distinta naturaleza en su procedimiento de elaboración, incluyendo los económicos y de impacto normativo (art. 22 Ley 50/1997, de 27 de noviembre) lo que da una coherencia y una congruencia al ordenamiento jurídico que genera menores problemas de interpretación.

No es la única norma legal que plantea problemas de interpretación al operador jurídico. La proposición de Ley que modificó el apartado cuarto del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dando lugar a la LO 1/2010, de 19 de febrero, hizo desaparecer en su totalidad de los párrafos primero, segundo y tercero del art. 9.4. cuando en la proposición sólo se hacía mención al redactado del tercero. Hubo que esperar hasta la Disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para corregir el inciso citado. Eso si sin ninguna referencia en su Preámbulo a la razón de su reintroducción que si conocemos se produjo en el Senado mediante una enmienda, la nº 32, mediante la justificación eufemística de "corrección técnica de la norma citada" (BOCG, Senado, 14 de febrero de 2011, pag. 21) que quizás podría calificarse incluso como de dudosa constitucionalidad a la vista del razonamiento contenido en el FJ noveno de la STC 191/2011, de 5 de julio.

CUARTO.- Tras lo relatado hasta ahora no vamos a explayarnos sobre las distintas posiciones que entienden que si el Estado de Derecho supone un giro radical en la concepción del Estado absoluto donde el Príncipe podía hacer y deshacer ello conlleva que las normas que autorizan y regulan el derecho de gracia deban ser interpretadas de manera restrictiva.

Mas si anticipamos apodícticamente que ha de adaptarse a las exigencias del sistema constitucional, dado el tenor del art. 117.3 CE y la profunda intromisión que implica en la labor de juzgar con arreglo a lo establecido en las leyes.

Se parte de que la regulación legal de 1870, vigente a lo largo del último tercio del siglo XIX y todo el XX, a salvo de las pequeñas modificaciones operadas por la Ley 1/1998, de 14 de enero es el marco de interpretación de los preceptos referidos unas veces al "derecho de gracia" y otras a " la prerrogativa de gracia " que se encuentra en los art. 62. i), 87.3 in fine, 102.3. de la Constitución vigente.

De los antedicho preceptos constitucionales resulta novedoso el art. 87.3 in fine al reflejar algo que no ha figurado en constitución alguna precedente a la vigente como es la imposibilidad de ejercer la iniciativa popular en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

A nuestro entender es muy significativa la vigencia de la antedicha Ley de 1870 (por otro lado calificada de Provisional según aparece en la publicación en la Gaceta de Madrid del 24 de junio de 1870) bajo Constituciones de signo variopinto o incluso en períodos no constitucionales.

No parece que a los gobiernos de turno les hubiere interesado modificar la Ley presentando nuevos proyectos. La modificación de 1998 deriva de una proposición de ley. También varias proposiciones de ley de distinto calado han sido presentadas en la actual legislatura (BOCG, Congreso de los Diputados, 196, 18 de diciembre de 2012).

En ese marco también encontramos la larga y sorprendente pervivencia, tras la aprobación de la Constitución de 1978, del Decreto del 22 de abril de 1938 declarando la vigencia de la Ley de 1870 -eso sí excluyendo el informe del Consejo de Estado para la concesión de la gracia por el jefe del Estado Español- tras la breve judicialización del indulto llevada a cabo en la II República, art. 102 de la Constitución de 1931.

Hasta fechas relativamente reciente el citado Decreto de 1938 ha desplegado su vigencia como si Ley fuera ya que ha venido sido invocado con absoluta naturalidad por los Reales Decretos otorgando indultos (Sirvan de ejemplo los RRD 651/1990 y 652/1990, de 18 de mayo tras varios años de vigencia de la Constitución de 1978) con las mismas referencias que bajo el régimen preconstitucional de 1978, es decir bajo las Leyes Fundamentales del Estado dictatorial (sirvan de ejemplo los Decretos 3284 y 3285 de 1970, de 22 de octubre).



Aquel Decreto de 1938 no solo había declarado expresamente la vigencia de la antedicha Ley, sino que su art. 4 estableció que el Decreto de concesión debía ser motivado, previa deliberación del Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia así como que su concesión competía exclusivamente al jefe del Estado Español.

Tampoco es norma vigente pero no está de más recordar que el Decreto de 3 de febrero de 1932 dictado por el Presidente de la II República regulando la gracia de indulto con arreglo al art. 102 de la Constitución de 1931 establecía en su art. 7 que la concesión del indulto será por auto fundado que se insertará en la Gaceta de Madrid.

Ha sido, pues, consustancial a nuestro ordenamiento jurídico en períodos de muy distinto signo la exigencia de la motivación a que hacía y sigue haciendo referencia la Exposición de Motivos de la Ley de 1870 (FJ octavo Sentencia de Pleno de 20 de noviembre de 2013). Motivación que, no obstante, en su publicación en el BOE ha sido parca al limitarse a decir "teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en los hechos" (Decreto 3284/1970, de 22 de octubre, RD 2456/1984, de 14 de noviembre, RD 844/1986, de 21 de marzo, RD 424/1989, de 14 de abril, etc.)

QUINTO.- Lo dicho hasta ahora nos sirve de apoyo para subrayar que en el FJ Octavo de la Sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de noviembre de 2013 tras recordar la jurisprudencia de la Sala sobre la posibilidad de control de los actos de indulto se declara que "*si puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos*".

Añade el FJ 8º que "*como no es acto administrativo, no puede exigirse al Acuerdo de concesión o denegación (el subrayado es nuestro) del mismo una motivación en el sentido técnico que requiera la LRJPA, pero no es menos cierto que por la misma Ley de Indulto se exige que del Acuerdo de indulto se desprendan las razones de justicia, equidad o utilidad pública a las que, de forma expresa, se refiere su art. 11 .*".

También en la STS del Pleno de esta Sala de 20 de noviembre de 2013 recurso 13/2013, FJ 6º) se reproduce jurisprudencia de los últimos años sobre que el indulto es un acto del Gobierno que se exterioriza por un RD acordado en Consejo de Ministros.

Todo lo cual debe ser engarzado con la vigente Constitución que no solo prohíbe la arbitrariedad, 9.3., sino también someten la Administración Pública y al Gobierno que vehiculiza su actividad sometida a la ley, art. 103.1. y aquella debe someterse a los fines que la justifican, 106 CE .

Cierto que el Rey refrenda los indultos mas la elaboración del Decreto que concede el indulto, o en su caso lo deniega, constituye decisión del Gobierno.

Entendemos, pues, que la Sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de noviembre de 2013 tanto se refiere a la concesión como a la denegación.

SEXTO .- Entendemos que el indulto no está recogido en nuestra Constitución como un derecho fundamental mas ello no ha de ser óbice para que el derecho de defensa, art. 24 , engarzado con el derecho a la igualdad, art. 14., pueda ser invocado frente a un acto complejo como el controvertido si ha sido vulnerado de forma burda.

Cierto que en el ámbito del indulto puede ser difícil esa acreditación. Mas también se vislumbra peliagudo conocer en ocasiones las causas de la concesión/denegación. Así se desconocen las razones por las que un Consejo de Ministros denegó en una primera petición un indulto que ulteriormente concedió tras una segunda petición. La información aparece reflejada en el ATC 360/1990, de 5 de octubre .

Aquí la recurrente esgrime lesión del art. 24 CE en su denegación respecto de la concesión de un indulto, el concedido por RD 1668/2012, que invoca ha sido de gran relevancia mediática al recoger en su demanda afirmaciones de la Vicepresidenta del Gobierno. Tal RD es justamente el examinado por la Sentencia del Pleno de 20 de diciembre de 2013. Subraya la defensa de la accionante que se concedió pese a informar en contra tanto la fiscalía como el tribunal sentenciador mientras en su caso si tuvo informe favorable del tribunal sentenciador.

SEPTIMO.- En el Voto Particular formulado por el Magistrado Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Perez en el recurso 13/2013 fallado por Sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de noviembre de 2013 se recuerda en su FJ Noveno que "Es unánime la jurisprudencia comparada al afirmar que la esencia del poder de perdonar consiste en tratar cada caso en forma singular e individualizada. *No es aplicable el canon de la igualdad a los casos de indulto, porque no hay, en materia de gracia, dos casos que sean iguales* (Por todas sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Schock versus Reed de 23 de diciembre de 1974 (419 UD 256 (1974)).

Mas, a sensu contrario, entendemos que debería haberse explicado una decisión como la aquí controvertida en que, según consta en el expediente administrativo, el Ministro de Justicia eleva al Consejo de Ministros



celebrado el 11 de mayo de 2012 la suma de 175 expedientes de indulto respecto de los que finalmente aquel Consejo de Ministros acuerda no conceder la gracia sin individualización alguna.

Se desconoce cuáles tenían informes favorables bien del órgano sentenciador, bien del ministerio público. No se sabe, por tanto, si en ese vasto conjunto las condiciones son homogéneas o no.

OCTAVO.- Respecto a la aquí solicitante, condenada por asesinato con la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio y la agravante de parentesco, consta que se opuso el ministerio público explicitando de forma breve que no existen razones de equidad o conveniencia pública que lo justifique.

No cabe entender que sea un informe precisamente completo el emitido por la Policía Local del domicilio de la solicitante.

En el informe, sin firma, del Director de Seguridad de la Jefatura de Policía Local de Orihuela datado a marzo, sin día, de 2011, entrada en registro de la AP Sección 7º de Elche, el 4 de abril de 2011, se dice que " *En cumplimiento al escrito de VI de fecha 7/03/2011, dimanante de EX IND 11/2011, tengo el honor de poner en su conocimiento, que realizadas las oportunas gestiones por agentes de esta Jefatura resulta que: SE INFORME SOBRE CONDUCTA Y SI DA MUESTRA DE ARREPENTIMIENTO LA PENADA Piedad , PERO (aparece todo tachado) NO SE PUEDE COMPROBAR DE MANERA FEHACIENTE LO SOLICITADO POR EL POLICIA DE INFORMES (esto último tachado).*

En cambio si figura en el expediente informe favorable del Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado petitionado por el Ministerio de Justicia el 7 de marzo de 2011 que también pidió la remisión de los documentos a los que hacen referencia los arts. 24 y 26 de la Ley de 18 de junio de 1870 .

El órgano sentenciador explicita de forma amplia las razones por las que entiende que el cumplimiento íntegro de la pena conllevaría consecuencias perjudiciales. Para ello , en razón de lo ordenado por el art. 25 de la Ley de 1870, atiende a diversos factores como su comportamiento durante su situación de libertad provisional (integración plena en la sociedad con realización de diversas actividades sociales y religiosas, dedicación a los estudios superiores en la Universidad de Murcia,) así como a la constatada durante el tiempo en que la penada estuvo en situación de prisión provisional (de 25 de julio a 16 de noviembre de 2007 según refleja la Sentencia de 17 de diciembre de 2009) realizando diversas tareas y actividades en la prisión.

La proporcionalidad y la reinserción social parecen criterios que deben operar en la concesión/denegación de indultos.

En aquellos casos en que la resolución deniega tras informe favorable del tribunal sentenciador la expresión de las razones de aquella se hace si cabe más necesaria esa motivación. Máxime cuando se han realizado propuestas como la del término de comparación en que se concede el indulto pese a la oposición del órgano sentenciador.

En estos casos han de explicitarse siquiera mínimamente las causas que obstaculizan seguir el criterio no vinculante del órgano jurisdiccional a fin de que las "razones de justicia, equidad o utilidad pública" puedan ser conocidos.

No está de mas recordar que Joaquina , bajo la vigente Ley de 1870 en su "El derecho de gracia ante la justicia", respecto del que pidió su supresión subrayó que "*no son los reyes los que ejercen el derecho de gracia, sino los ministros. Entre nosotros, por ejemplo, el rey no puede realizar la más pequeña conmutación de la pena si el decreto no está refrendado por el ministro de Gracia y Justicia y en Consejo de Ministros se resuelve. ...*" También escribió "*Hay dos loterías nacionales a que se juega con monedas o con crímenes, logrando dinero o impunidad con el sorteo y el derecho de gracia*".

NOVENO.- Delitos como el realizado por la solicitante no han sido ajenos a peticiones de indulto del órgano sentenciador (STS de 16 de mayo de 1968) finalmente concedidos (Decreto 2970/1973, de 16 de noviembre) por lo que, aún cuando no ha sido esgrimido, pudiera percibirse en esa ausencia de motivación de la causa de denegación un sesgo de género.

En el libro ya citado escribió Joaquina que "*podemos certificar que, cuando hemos visitado y visto muy cerca prisiones de mujeres, algunas pocas que merecían rebaja no la obtuvieron porque no tenían favor*".

Tras todo lo razonado y a fin de evitar pueda seguir considerándose como en el s. XIX una Lotería o que se den situaciones como las descritas por Joaquina ("*cualquiera, sin más que apelar a su memoria, puede recordar indultos negados o concedidos, según el valimiento del que ha de ser indultado*") entendemos que debía haberse acordado, al igual que en la STS de 20 de noviembre de 2013 la anulación del Real Decreto impugnado para que, en el plazo de tres meses, se emitiera nuevo Real Decreto explicitando las razones de la denegación.



PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ