



Roj: **STS 5997/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5997**

Id Cendoj: **28079139912013100009**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/11/2013**

Nº de Recurso: **13/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil trece.

Visto por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el Recurso Contencioso-administrativo 2/**13/2013**, tramitado por su Sección Sexta de la Sala e interpuesto por D. Alexander y D^a. Bibiana, representados por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Plasencia Baltes y asistidos del Letrado D. Agustín Ferrer Olaso, contra el Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, aprobado por el **CONSEJO DE MINISTROS** en su sesión de fecha 7 de noviembre de 2012, por el que se indulta a D. Ezequias.

Ha sido parte demandada la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, representada y asistida por el Abogado del Estado; y codemandada D. Ezequias representado por el Procurador D. Jaime Briones Méndez y asistido por el Letrado D. José Miguel Fatás Monforte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de D. Alexander y D^a. Bibiana, mediante escrito de fecha 21 de enero de 2013, se presentó ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo escrito de interposición de Recurso Contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1668/2012, de 7 de noviembre, por el que se indulta a D. Ezequias; Real Decreto publicado en el BOE el 5 de enero de 2013.

SEGUNDO.- El Presidente de la Sala, mediante Acuerdo de fecha 28 de febrero de 2013, y en uso de las facultades que le otorga el artículo 197 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ), acordó someter el conocimiento del recurso al Pleno de la Sala.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 5 de febrero de 2013, se admitió a trámite el recurso y se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole la práctica de los emplazamientos previstos por el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA).

CUARTO.- Remitido el expediente por el Ministerio de Justicia —y una vez completado el mismo— la representación de la parte actora, D. Alexander y D^a. Bibiana, formalizó demanda mediante escrito presentado en fecha de 22 de abril de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando a la Sala que "... dicte sentencia que anule el Real Decreto 1668/2012, aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 7 de diciembre de 2012 (BOE de 5 de enero de 2013), por el que se concede el indulto a Ezequias, con expresa condena en costas a los demandados y codemandados".

Por medio de OTROSÍ PRIMERO, fijó la cuantía del presente recurso como indeterminada.

Por OTROSÍ SEGUNDO, solicitó el recibimiento a prueba, fijando los puntos de hechos sobre los que había de versar la misma y proponiendo la incorporación al ramo de prueba documental pública.

Por OTROSÍ TERCERO, interesó el trámite de conclusiones



QUINTO.- El Abogado del Estado en representación y defensa de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** , contestó a la demanda, oponiéndose, mediante escrito de fecha 23 de mayo de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que *"...dicte sentencia por la que se desestime el recurso, imponiendo a la parte actora las costas del proceso"*.

Por medio de OTROSÍ PRIMERO, instó a la Sala la denegación del recibimiento a prueba del pleito, por ser impertinente e irrelevante al estar trabado el debate sobre la interpretación de determinados preceptos legales, y porque el otrosí de la demanda en que se solicitaba, vulneraba el artículo 60.1 de la LRJCA al no expresar en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que debe versar la prueba y no mencionar siquiera la posibilidad prevista en el artículo 60.2 de la misma LRJCA .

Por OTROSÍ SEGUNDO, manifestó que la cuantía del procedimiento es indeterminada.

SEXTO.- La representación procesal de **D. Ezequias** , contestó la demanda, oponiéndose a ella, mediante escrito presentado en fecha de 26 de junio de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que *"...dicte sentencia por la que desestime en su integridad el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, por el que se indulta parcialmente a D. Ezequias ; todo ello con imposición de costas a la parte recurrente si se estima procedente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA "*.

Por PRIMER OTROSÍ, muestra su conformidad con la Abogacía del Estado en relación con la solicitud de denegación del recibimiento a prueba del pleito, por cuanto las cuestiones a dilucidar son de naturaleza estrictamente jurídica, estando perfectamente determinados los hechos del proceso. No obstante, y para el supuesto de que la Sala considerase la existencia de discrepancia sobre los hechos, y éstos resultaran relevantes para la resolución del recurso, solicitó el recibimiento a prueba y fijó los puntos de hechos sobre los que habría que versar, instando la documental pública y privada, consistente en que, al margen de la obrante al expediente administrativo y de su ampliación aportada por la Administración, se tuvieran por aportados los documentos acompañados al escrito de contestación.

Por SEGUNDO OTROSÍ, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la LRJCA , solicitó el trámite de conclusiones.

Por TERCER OTROSÍ, fijó la cuantía del recurso en indeterminada, por no ser evaluable económicamente la pretensión ejercitada.

SÉPTIMO.- . Mediante Auto de 2 de julio de 2013, la Sala acordó el recibimiento a prueba del presente proceso, admitiendo, de la Documental Pública propuesta por la parte actora únicamente la 1 y 2 ---esto es, teniéndose por reproducido el expediente administrativo y por incorporados al ramo de prueba los documentos aportado, en concreto, de la publicación realizada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 14 de mayo de 2010, página 147---.

Igualmente se admitió la Documental Pública y Privada propuesta por la demandada, ordenándose la formación de las correspondientes piezas separadas.

OCTAVO .- Mediante Diligencia de Ordenación de 16 de julio de 2013, la Sala declaró concluso el periodo de proposición y práctica de prueba, y confirió a las partes, por su orden, el trámite de conclusiones, de conformidad con el artículo 64 de la LRJCA .

NOVENO .- Evacuado el trámite de conclusiones, mediante Diligencia de Ordenación de 19 de septiembre de 2013, fueron declarados los autos conclusos, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo.

DÉCIMO .- Cumplidas las prescripciones legales, mediante Providencia de 1º de octubre de 2013, se señaló para votación y fallo el día 5 de noviembre de 2013, continuándose la deliberación hasta el día 7 de noviembre de 2013 siguiente, fecha en la que, efectivamente, el expresado trámite tuvo lugar.

DÉCIMOPRIMERO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo designado inicialmente Ponente el Excmo. Sr. D. **Carlos Lesmes Serrano** , Magistrado de la Sala, y visto el resultado de la votación, el mismo declinó la redacción de la sentencia, que fue asumida por el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, igualmente Magistrado de la Sala.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- Constituye el objeto de las pretensiones deducidas por los recurrentes en el presente Recurso Contencioso- administrativo **13/2013**, el Real Decreto 1668/2012, de 7 de noviembre, por el que se indulta a D. Ezequias ; Real Decreto publicado en el BOE el 5 de enero de 2013, y del siguiente tenor literal:

" (...) Visto el expediente de indulto de don Ezequias , condenado por la Audiencia Provincial de Valencia, sección cuarta, en sentencia de 17 de enero de 2011 , como autor de un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio, un delito de lesiones, una falta de lesiones y una falta de daños, a la pena de trece años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por hechos cometidos en el año 2003, en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 7 de diciembre de 2012,

Vengo en conmutar a don Ezequias la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento por otra de dos años de multa, que se satisfará en cuotas diarias de seis euros cuyo inicio y forma de cumplimiento serán determinados por el Tribunal sentenciador, a condición de que abone las responsabilidades civiles fijadas en la sentencia en el plazo que determine el Tribunal sentenciador y no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de cinco años desde la publicación del real decreto. (")".

SEGUNDO .- Don Ezequias , indultado mediante el Real Decreto impugnado, y parte codemandada en el actual procedimiento, resultó condenado por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, en sentencia de 17 de enero de 2011 (Rollo 90/07 , Sumario 5/2006 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Sueca) como autor de un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás (artículo 384.1º del Código Penal , aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la redacción anterior del precepto a la realizada por Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre), en concurso ideal del artículo 77 del mismo Código Penal con un delito de homicidio (artículo 138 del Código Penal), un delito de lesiones (artículos 147.1 y 148.1 del Código Penal), una falta de lesiones (artículo 617.1 del Código Penal) y una falta de daños (artículo 625 del Código Penal), a la pena de trece años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En síntesis, y exclusivamente por lo que a los efectos de este recurso interesa, de los hechos declarados probados en la Sentencia de precedente cita resulta que el condenado condujo el día 1 de diciembre de 2003 a gran velocidad por la Autovía A-7 colisionando varias veces por la parte trasera con el vehículo que le precedía, continuando su marcha como si nada hubiese sucedido. Posteriormente, accedió a la Autopista de peaje AP-7 donde tras circular en el sentido de la circulación, efectuó una maniobra de cambio de sentido desde el arcén derecho y comenzó a circular a gran velocidad, entre los dos carriles de circulación y en sentido contrario a la misma, aproximadamente durante unos cinco kilómetros, en los que se cruzó con varios vehículos que lograron esquivarlo, hasta que colisionó frontalmente con el vehículo conducido por don Juan Antonio (hijo de los aquí recurrentes), que falleció como consecuencia del impacto. La conducta del condenado también causó lesiones a la persona que acompañaba al conductor fallecido, a algunos de los conductores que encontró a su paso, y, en fin, daños materiales a sus vehículos de diversa consideración. La sentencia rechaza que el condenado actuara al tiempo de cometer los hechos bajo una crisis epiléptica, y aprecia la atenuante de dilaciones indebidas.

Por su parte, la sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2011 desestimó íntegramente el recurso de casación interpuesto contra la anterior por el condenado. Cabe destacar de la misma el rechazo de los alegatos del propio condenado sobre el padecimiento de epilepsia a la fecha de los hechos.

Por Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Cuarta) de 23 de enero de 2012 se declaró firme y ejecutoria la sentencia de 17 de enero de 2011, a cuyo efecto, entre otros extremos, se dispuso remitir exhorto a la Audiencia Provincial de Guadalajara a fin de que procediera a dar cumplimiento a la pena privativa de libertad impuesta, con ingreso voluntario en prisión del condenado.

Solicitada por el penado la suspensión de la ejecución de la condena mientras se tramita la petición de indulto (presentada en el Registro General del Ministerio de Justicia el día 30 de enero de 2012), ésta resultó denegada por Auto de 30 de enero de 2012, confirmado en súplica por otro de 9 de marzo de 2012.

Consta el ingreso en prisión del Sr. Ezequias el 2 de febrero de 2012.

TERCERO .- En primer término plantean los recurrentes la existencia de una infracción en el procedimiento tramitado por el Ministerio de Justicia para la concesión del indulto, como consecuencia de la existencia de una posible falsedad en el informe de conducta del penado, al haberse omitido en el mismo datos esenciales, lo que constituía, a su juicio, una vulneración del artículo 24 de la Ley Provisional de 18 de junio de 1870 , de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto (LI), modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero; precepto



que hace referencia a la necesidad de aportar al expediente de indulto: *"informe sobre la conducta del penado (solicitado) al Jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena"*.

En concreto, se señala que el penado, desde el 18 de diciembre de 2003, tenía —como medida cautelar— retenido el Permiso de Circulación en virtud de Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Sueca; a pesar de ello, le fue seguido, por hechos acaecidos el 22 de febrero de 2010, Expediente sancionador en materia de tráfico, del que existe referencia en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 14 de mayo de 2010, que constituirían una vulneración del artículo 52 del Reglamento General de Circulación (exceso de velocidad), así como del artículo 556 del Código Penal (delito de desobediencia). Pues bien, consideran los recurrentes que el Ministerio del Interior era pleno conocedor de dichos hechos, habiéndolos ocultado durante la tramitación del expediente de indulto, y habiéndose emitido, pese a ello, informe favorable por los Servicios Penitenciarios dependientes del propio Ministerio del Interior, en el sentido de que la conducta del indultado había sido ejemplar sin cometer hecho delictivo alguno. Entienden que dicha falsedad lo fue en relación con datos esenciales y llevada a cabo en el único informe favorable a la concesión del indulto, motivo por el cual se produce la nulidad del Acuerdo impugnado al haber sido el mismo adoptado con base en informes no conformes con la realidad; añadiéndose a ello que, en todo caso, y con carácter subsidiario, debería declararse la anulabilidad de los actos posteriores a la emisión del citado informe, con retroacción de actuaciones al momento anterior a su emisión por parte del Director del Establecimiento Penitenciario.

Debemos rechazar esta primera alegación, y, con ello, la pretensión de nulidad que la misma conlleva.

Efectivamente, el Expediente sancionador NUM000 le fue incoado al indultado por *"No notificar el titular o arrendatario del vehículo, debidamente requerido para ello, la identificación veraz del conductor del mismo en el momento de ser cometida una infracción"*; todo ello en relación con los hechos objeto de denuncia en el Expediente sancionador NUM001 (circular a 102 km/h estando la velocidad limitada a 80 km/h, en fecha de 22 de febrero de 2010 —7.24 horas, kilómetro 15,0, sentido creciente en la A-2—). El primer Expediente concluiría con la imposición de sanción (multa, por importe de 300 euros) al indultado que, sin embargo, luego sería anulada por Resolución de la Directora General de Tráfico de 1º de abril de 2013, siendo el citado importe de la misma con su recargo (330 euros) devuelto por la Agencia Tributaria en Expediente de devolución de ingresos indebidos seguido al efecto.

Por otra parte, consta documental privada en autos (declaraciones juradas, justificación de ingresos bancarios y contratación del seguro del vehículo) de la que se deduce la transmisión del vehículo, por parte del indultado, a D. Guillermo en fecha de 10 de noviembre de 2009, quien, por otra parte, reconoce ser el conductor del vehículo en la fecha de 22 de febrero de 2010, fecha en la que tuvieron lugar los hechos denunciados.

No resulta, pues, acreditada la conducción del vehículo por el indultado en la fecha de referencia, ni, en consecuencia, la falsificación imputada al informe de conducta del penado emitido por el Jefe del Establecimiento Penitenciario.

Como hemos señalado, rechazamos esta primera alegación, y, con ello, la pretensión de nulidad que la misma conlleva.

CUARTO .- En segundo lugar se alega el incumplimiento de los elementos reglados del indulto, con vulneración del artículo 12 de la LI.

Tras distinguirse en el artículo 4 de la LI entre *"indulto total"* e *"indulto parcial"*, el artículo 11 de la misma LI —en relación, en concreto, con el indulto total— señala que:

"El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador".

Se añade, por su parte, en el artículo 12 siguiente de la misma LI —en relación con el indulto parcial— que:

"En los demás casos se concederá tan sólo el parcial, y con preferencia la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual".

Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá también conmutarse la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador y el penado además se conformare con la conmutación".

Del análisis conjunto de ambos preceptos, podemos deducir:

a) Que para la concesión de un indulto total, resulta imprescindible la concurrencia de razones de justicia, equidad o utilidad pública, que habrán de constar en el informe que se emita por el Tribunal sentenciador.



- b) Que, en consecuencia, sin la concurrencia de tal informe —y de las expresadas razones— el indulto sólo podrá ser parcial.
- c) Que, con carácter preferente, el indulto parcial habrá de consistir en *"la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual"*.
- d) Que, pese a tal preferencia establecida en la LI —en relación con los indultos parciales— por el sistema de la conmutación de la pena impuesta por *"otra menos grave dentro de la misma escala gradual"*, sin embargo, el objeto de tal conmutación, también podrá consistir *"en otra — pena— de distinta escala"*.
- e) Pero, para que ello resulte posible el citado artículo 12 de la LI exige una triple condición:
1. Que existan *"méritos suficientes para ello"*.
 2. Que así se expresen en el informe del Tribunal sentenciador: *"... a juicio del Tribunal sentenciador"*, se dice. Y,
 3. Que *"el penado además se conformare con la conmutación"*.

Pues bien, de los citados preceptos —que hemos analizado conjuntamente— deducen los recurrentes que, no existiendo juicio del Tribunal sentenciador sobre la conmutación a pena de distinta escala, no sería posible la conmutación de una pena de prisión por una pena de multa, como en el Real Decreto de indulto se realiza, ya que se trata de penas de diferente naturaleza de conformidad con los artículos 32 y 33 del vigente Código Penal. Por ello, consideran que la ausencia del informe del Tribunal sentenciador (que se opuso radicalmente a la concesión del indulto) para proceder a la conmutación por pena de distinta escala gradual —que entienden un elemento reglado de la concesión del indulto— constituye una vulneración procedimental determinante de la nulidad del mismo.

Tampoco esta segunda alegación puede ser aceptada.

En el supuesto de autos se está en presencia de un indulto parcial, ya que, con independencia de la pena de inhabilitación, se conmuta una pena privativa de libertad por una pena de multa. En consecuencia, según lo expuesto —y desde la exclusiva perspectiva de la LI— para que el indulto pudiera conmutar la pena privativa de libertad por la pena de multa, resultaría necesario el informe del Tribunal sentenciador en relación con la concurrencia de *"méritos suficientes para ello"*. Mas, tal posibilidad solo resultaría factible si consideráramos que en la actualidad —esto es, en el vigente Código Penal— siguen existiendo *"escalas graduales"* de penas, en los términos contemplados en el Código Penal de 1870.

Sin duda, la referencia que en la LI de 1870 se realiza a las *"escalas de penas"*, lo es en relación con las cuatro escalas ya establecidas en el artículo 79 del anterior Código Penal de 30 de junio de 1850, que, a su vez, en su artículo 82 consideraba, *"como última pena inmediatamente inferior a la última de todas las escalas graduales"*, la pena de multa. Esta misma técnica y estructura penal se mantendría en el entonces vigente Código Penal de 17 de junio de 1870 —de fecha, pues, anterior a la de la LI— (artículos 26 , 92 y 93), y continuaría en vigor (así en el Código Penal de 1973 , artículos 73 y 74), hasta que fuera modificada en el Código Penal 10/1995 , de 23 de noviembre, que únicamente recoge en su artículo 33 la distinción entre penas graves, menos graves y leves.

Por tanto, cuando entra en vigor la Ley de Indulto de 1870, el Código Penal entonces vigente contiene:

- a) En su artículo 26 (dentro del Capítulo dedicado a la Clasificación de las penas) una Escala General que incluye las siguientes clases de penas: (1) Penas aflictivas, (2) penas correccionales, (3) penas leves, (4) penas comunes a las tres clases anteriores (en la que se incluye la pena de multa) y (5) penas accesorias.
- b) Por su parte, en el artículo 92 del mismo Código Penal se contienen la seis —denominadas— *"Escalas graduales"*.
- c) Y, en términos similares a los que hacía el Código Penal de 1848, el artículo 93 señalaba: *"La multa se considerará como la última pena de todas las escalas graduales anteriores"*.

Existe, pues, una completa desvinculación entre el sistema de graduación de penas contemplado en la LI de 1870 y el hoy previsto en el vigente Código Penal de 1995. Si bien se observa, en el sistema penal hoy desaparecido, las denominadas *"escalas graduales"*, realmente, tomaban en consideración —como elemento nuclear y aglutinador de cada una de ellas—, la peculiar naturaleza de cada grupo de penas, y, tal sistema de graduación, estaba previsto en aquel Código Penal para llevar a cabo la atenuación o agravación de la pena a imponer por el Tribunal, que debería llevarse a cabo en el marco, límite y estructura de la escala correspondiente.

Tal sistema ha desaparecido en el sistema en vigor desde 1995, que, exclusivamente, contempla la mayor o menor gravedad de las mismas, sin la existencia de las anteriores *"Escalas graduales"*. Esto es, hoy el Código Penal en vigor ya no categoriza o clasifica las penas en función de las antiguas *"Escalas graduales"*. Por ello,



cuando la LI sigue exigiendo que la conmutación en los indultos parciales se realice con *"otra menos grave dentro de la misma escala gradual"*, tal expresión debe hoy ser entendida en el sentido de que la conmutación se realice por otra pena, menos grave, de la única escala existente, que es la contemplada en el vigente artículo 70 del Código Penal de 1995 . Desaparecidas, pues, las *"Escala graduales"*, una interpretación actual que pretendiera su reviviscencia en el sistema penal en vigor, implicaría descontextualizar el sentido de la norma de indulto en el marco penal vigente.

A mayor abundamiento, y como hemos expresado, la pena de multa, que es por la que conmuta la privativa de libertad impuesta al indultado, siempre ha sido considerada en los antiguos Códigos Penales como la *"última pena de todas las escalas graduales anteriores"*, por lo que la conmutación realizada —dicho sea a efectos meramente dialécticos— siempre lo habría sido por una pena que era la última de la misma escala.

QUINTO .- El resto de las alegaciones de los recurrentes podemos agruparlas para realizar respecto de las mismas un tratamiento común, sin perjuicio de las concreciones que en relación con algún aspecto debamos llevar a cabo.

Así, los recurrentes imputan al Real Decreto impugnado:

a) Incumplimiento de elementos reglados en la concesión del indulto al incumplirse la finalidad perseguida por la LI con la consiguiente desviación de poder que, según se expone, constituye un elemento reglado del acto discrecional.

b) Infracción de los artículos 9.3 , 10.1 y 103.1 de la Constitución Española (CE) por inexistencia de motivación en la concesión del indulto, debiendo interpretarse la Ley de Indulto de 1870 desde la perspectiva de la Constitución de 1978, que prohíbe la interdicción de la arbitrariedad; en concreto, consideran que la ausencia de motivación convierte el indulto en arbitrario pues la Constitución impone que la actuación de todos los Poderes Públicos se sujete al imperio de la Ley, la Constitución y los Principios Generales del Derecho, destacando, entre ellos, el citado de la interdicción de la arbitrariedad.

c) Existencia de arbitrariedad en la concesión del indulto impugnado, señalando que la discrecionalidad no es sinónima de la arbitrariedad, siendo necesario un control sobre el contenido discrecional del acto de concesión de indulto, por cuanto la discrecionalidad no implica una autorización al poder público para incumplir la obligación de motivación de dicho acto.

d) Inconstitucionalidad del indulto concedido por contrario a la ya citada prohibición de la arbitrariedad de los Poderes Públicos que proclama el artículo 9.3 de la CE , así como por vulneración del artículo 24 del mismo Texto, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, dada la ausencia de motivación del indulto concedido, la cual impone —con independencia de que la LI no la exija— *"como principio general de Derecho constitucionalizado, nuestra Carta Magna "*.

e) Necesaria matización de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la reiterada afirmación de la misma de que el control de la concesión del indulto lo es *"exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere"*, pues, *"en sus aspectos sustantivos — la decisión del Gobierno— no es susceptible de sustitución por la valoración del propio interesado o de los órganos jurisdiccionales"*. En concreto, señala que la misma jurisprudencia se ha producido fundamentalmente en recursos contencioso-administrativos contra denegaciones de indultos, sin que exista identidad con los supuestos de concesión: *"no es exigible el mismo criterio en los supuestos de denegación, por estar ante un acto graciable y no reglado que no puede imponerse al Gobierno, que en los supuestos de concesión frente a la frontal oposición del tribunal sentenciador"*.

f) Infracción del principio de igualdad constitucional consagrado en el artículo 14 de la CE , y —reiterando lo ya expuesto— del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 del mismo Texto constitucional, con advertencia de que ambos son susceptibles de recurso de amparo.

g) Por todo ello se solicita de este Tribunal Supremo el planteamiento de Cuestión de Inconstitucionalidad en relación con el artículo 30 de la Ley de Indulto de 1870, según la redacción dada al mismo por la Ley 1/1988, de 14 de enero, de Reforma de la Ley de Indulto; y ello por la exención que en el mismo se contiene respecto de la obligación de motivación del indulto, que implica una vulneración de los artículos 9.3 , 10.1 y 103.1 de la CE .

SEXTO .- Para afrontar estas cuestiones hemos de partir de la configuración constitucional del indulto y de las consecuencias de ello derivadas: (1) Constituye el ejercicio del derecho de gracia; (2) se trata de un actuación individual y excepcional del Gobierno; (3) se trata de un acto discrecional del Gobierno; (4) es irrelevante su consideración como acto político del Gobierno; y (5) no tiene, ni cuenta, con la naturaleza de acto administrativo.

Es decir, que el indulto implica el ejercicio del derecho de gracia constitucionalmente reconocido, mediante una actuación individual y excepcional del Gobierno, reunido en Consejo de Ministro, no encuadrable en la



antigua categoría legal de los actos políticos, y que, pese a su no consideración como acto administrativo, tiene como núcleo esencial y *ratio essendi*, su carácter discrecional:

1º. Obvio es que en el antiguo régimen preliberal el titular del derecho de gracia era el Rey, considerado como soberano, que, por estar *legibus solutus* —esto es, desligado— de la fuerza vinculante de las leyes, podía dictar otras nuevas (dentro de ciertas condiciones), derogarlas o, simplemente, dispensar de su cumplimiento, así como dejar sin efecto sentencias judiciales condenatorias pronunciadas en aplicación de leyes vigentes. Dicho de otra forma, el ámbito del derecho de gracia era amplísimo y —pese a los asesoramientos reales— el mismo era el insustituible e incondicionado ejercicio de la más específica regalía integrante de su soberanía. Era, pues, una exigencia del sistema absolutista.

Hoy estamos en una posición completamente diferente de aquella. En un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1 de la CE), el *derecho de gracia* ha quedado muy reducido hasta abarcar poco más que la concesión de los indultos singulares, pues los generales se encuentran prohibidos por la misma CE, y, aunque en su artículo 62.i), una de las funciones que corresponden al Rey es la de "*ejercer el derecho de gracia*", claro es —también por exigencias constitucionales—, que habrá de hacerlo "*con arreglo a la ley*" (según el mismo precepto y apartado) y con el indispensable refrendo que traslada la responsabilidad del acto a "*las personas que lo refrenden*" (artículo 64 CE).

La decisión, pues, de conceder o denegar un indulto corresponde al Gobierno, reunido en Consejo de Ministros, de conformidad con las disposiciones legales que arrancan de la vieja Ley de Indulto de 1870. En concreto, en la STS de 20 de febrero de 2013 (RC 165/2012) hemos señalado que "*el indulto particular es un acto del Gobierno que se exterioriza por un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, firmado por el Rey, con el refrendo del Ministro de Justicia*". Con anterioridad (STS de 3 de junio de 2003, RC 20/2001) ya habíamos expuesto que "*entre estas funciones que se encomiendan legalmente a la Corona, y que conservan memoria de las facultades judiciales que en su día ostentó, figura el derecho de gracia, que permite al Jefe del Estado perdonar penas o conmutarlas por otras más benignas. Ahora bien el ejercicio de ese derecho de gracia debe llevarse a cabo con arreglo a la Ley, que en nuestro caso está regulado por la de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1 de 1.988, de 14 de enero*".

En síntesis, pues, como expusimos en la STS (Pleno) de 2 de diciembre de 2005 (RC 161/2004) —Fundamento Jurídico Décimo— "*El indulto está previsto en el artículo 62 i) de la Constitución que lo incluye entre las atribuciones del Rey. No obstante, de acuerdo con los principios que informan la Monarquía parlamentaria, esa potestad no es ejercida materialmente por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno que es a quien la Ley a la que se remite ese precepto encomienda adoptar la decisión correspondiente. El ejercicio del derecho de gracia es, pues, una facultad sustancialmente gubernamental*".

2º. La CE, según hemos expresado, ha reconocido el derecho de gracia en los términos establecidos en su artículo 62 , declarando, sin embargo, el mismo no aplicable a los casos de responsabilidad del Presidente y demás miembros del Gobierno (artículo 102.3 CE), y no considerándolo susceptible de la iniciativa popular (artículo 87.3 CE); esto es, limitado, pues, a los indultos particulares, al excluirse del derecho de gracia tanto los de carácter general (artículo 62.i CE) como la amnistía. En consecuencia, el indulto, como tal medida de gracia, sólo puede concebirse como *una medida excepcional* , y destinada a proveer situaciones igualmente excepcionales, pues, la emanación repetida de actos individuales puede resultar equivalente a la concesión de un perdón general. La delimitación, en consecuencia, del ámbito del indulto particular no puede basarse en criterios meramente cuantitativos, sino que ha de fundarse en la particularización de la concesión de la "*prerrogativa de gracia*" (87.3 CE), que ha de ser estrictamente individual, esto es, que ha de responder a las circunstancias concurrentes en un condenado en particular, como pone de manifiesto el artículo 25 de la LI al configurar el ámbito del informe del Tribunal sentenciador, que termina diciendo: "*y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia*".

En síntesis, pues, se trata de una prerrogativa individual y excepcional. Que, además, cuenta con "*el carácter de extraordinaria (que) proviene de que por una parte es un residuo histórico del poder absoluto del Soberano y por otra que supone la excepción al principio de cumplimiento de las sentencias judiciales proclamada por el artículo 118 de la Constitución*" (Voto Particular de la STS Pleno de 2 de diciembre de 2005). En la ya citada STS de 20 de febrero de 2013 hemos señalado, en esta línea de excepcionalidad del indulto, que "*es una potestad extraordinaria de intervención de un poder estatal, el Ejecutivo, en el ámbito de competencia de otro, el Judicial, de manera que, una vez constitucionalmente admitida la prerrogativa por la razón indicada, su uso ha de estar rodeado de cautelas y límites, con objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden jurídico, marcando así una diferencia sustancial entre la prerrogativa de gracia aceptada en el Estado constitucional con la indulgentia principis propia de la Roma imperial o de las Monarquías absolutas, cuyo ejercicio y extensión no respondía a más voluntad que la de su titular*".



Este mismo carácter excepcional del indulto —como materialización del derecho de gracia— ya lo puso de manifiesto la Sala Segunda de este Tribunal Supremo (ATS de 18 de enero de 2001, Recurso 2940/1997); tras indicar que se trata de una *"potestad extraordinaria de intervención de un poder estatal, el Ejecutivo, en el ámbito de competencia de otro, el Judicial"*, añadía que *"Por eso el indulto es un acto con rasgos de atipicidad en el marco del Estado constitucional de derecho. En todo caso se trata de una prerrogativa sujeta a la ley y corresponde al Poder Judicial velar por la efectividad de esa sujeción, precisamente porque comporta cierta derogación del principio de generalidad de la ley penal y de los de independencia y exclusividad de la jurisdicción. Una vez constitucionalmente admitido, su uso está rodeado de cautelas, con objeto de procurar que esos efectos se produzcan del modo que resulte menos perturbador para la normalidad del orden jurídico"*.

3º. Ha de considerarse, en tercer lugar, al indulto como un *acto discrecional del Gobierno* .

Es cierto que en alguno de los pronunciamientos de esta Sala ha sido calificado el mismo como acto graciable, considerándolo como una categoría jurídica distinta de los actos discrecionales. Aunque dogmáticamente dicha diferencia bien pudiera mantenerse, lo cierto es que, una vez cumplidos todos los requisitos procedimentales previstos en la LI para la concesión de un indulto, el órgano competente para ello —el Gobierno, que no el Rey— reunido en Consejo de Ministros, puede conceder, o no, la gracia solicitada, de modo que no se encuentra obligado a hacerlo.

Pues bien, en dicha discrecionalidad reside precisamente el núcleo de la gracia como acto no debido. Esto es, que ni el origen histórico de la figura que nos ocupa en los regímenes absolutistas, ni la consideración del mismo *"derecho de gracia"* en el citado artículo 62.i) de la CE como una de las funciones del Rey, ni tampoco, incluso, la referencia constitucional semántica a la *"prerrogativa de gracia"* (artículo 87.3 CE), le priva de dicho carácter discrecional, en el que reside, precisamente, el núcleo de la gracia como acto no debido y que constituye la *ratio essendi* de la institución.

4º. Resulta *irrelevante su consideración como acto político del Gobierno* . Efectivamente, el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización , Competencia y Funcionamiento del Gobierno dedica su artículo 26 al control de los actos del Gobierno, y su número 3 dispone que *" los actos del Gobierno ... son impugnables ante la jurisdicción contencioso- administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora"* .

De este modo, la Ley se remite a la LRJCA que, a su vez, se refiere al control de los actos del Gobierno en el artículo 2º, apartado a); precepto que dispone que *"el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno ... cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos"* .

Regula, pues, el artículo citado el control de los actos que son propios del Gobierno cuando el mismo actúa como tal y no como Administración Pública, esto es, como Administración General del Estado, en expresión del artículo 1º.2.a) de la misma Ley de la Jurisdicción . En estos supuestos los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativos siempre pueden controlar esos actos del Gobierno en defensa de la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes.

La interpretación de la función de gobierno como esencialmente distinta a la administrativa —aunque encomendada a los mismos órganos— contaba con un reconocimiento expreso en la LRJCA de 1956 en cuya Exposición de Motivos se señalaba de forma expresa que el acto político *"no constituye una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales"*. Esta consideración es la que fundamentaba las exclusiones que, respecto de la jurisdicción, se contemplaban en el artículo 2º de la citada LRJCA 56, y que la jurisprudencia fue —por distintas vías— progresivamente reduciendo.

Pero, tras la aprobación de la CE de 1978 el mantenimiento de estos sectores de actividad gubernamental, como excluidos del control jurisdiccional, resultaba contraria a la plena justiciabilidad de la actuación de los poderes públicos que la propia CE imponía — *"... sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"*—, llegando a considerarse el citado artículo 2 de la LRJCA 56 (Disposición Transitoria Tercera de la CE) como derogado por el texto constitucional (por todas SSTs de 17 de diciembre de 1992 , 29 de abril de 1993 y 6 de febrero de 1995), por cuanto el sistema constitucional no aceptaba la exención judicial de la categoría genérica de los *"actos de dirección política"*. En síntesis, lo que la citada expresión legal implica es que el legislador ha querido excluir toda posible discusión sobre una supuesta diferencia sustantiva entre los actos de las autoridades públicas sujetos al Derecho Administrativo y aquellos otros, difícilmente definibles, que no lo estarían y que, en consecuencia, quedarían excluidos de todo control por los Tribunales. La cuestión hoy no



es esa, sino la de comprobar, una vez más, hasta donde ha de llegar nuestra posibilidad de control en este tipo de actos de máxima discrecionalidad, como en el supuesto de autos son los indultos.

En la ya citada STS (Pleno) de 2 de diciembre de 2005 (RC 161/2004) expusimos que *"los actos del Gobierno están sujetos a la Constitución y a la ley según nos dice el artículo 97 del texto fundamental, concretando respecto de este órgano el mandato general del artículo 9.1, y los Tribunales, prescribe su artículo 106.1, controlan la legalidad de la actuación administrativa, lo cual guarda estrecha conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1, también de la Constitución. Por eso, la Ley de la Jurisdicción, a la que se remite en este punto el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, dispone en su artículo 2.a), que este orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con "la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos". Precepto legal este último que recoge la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera bajo la vigencia de la Ley de la Jurisdicción de 1956 y que encuentra su más completa expresión en las Sentencias de su Pleno de 4 de abril de 1997 (recursos 602, 634, 726, todos de 1996) conforme a las cuales los Tribunales de lo Contencioso Administrativo han de asumir aquél control, incluso frente a los actos gubernamentales de dirección política, cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse para comprobar si el Gobierno ha respetado aquellos y cumplido estos al tomar la decisión de que se trate"*.

En esta STS (Pleno) de 4 de abril de 1997 se invocaba *"la importante tradición de la jurisdicción contenciosa administrativa dirigida a reducir las inmunidades del poder público"*, así como *"la dificultad de principio de negar la tutela judicial cuando alguna persona legitimada la solicite alegando una actuación ilegal del poder ejecutivo"*. De forma más explícita, en el anterior ATS de 18 de enero de 1993 ya había señalado esta Sala que el artículo 24 de la CE *"ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad"*.

Por ello, resulta hoy irrelevante la tradicional e histórica construcción de los actos políticos o de dirección política —como mecanismo de exención del control jurisdiccional— pues su control jurisdiccional no ofrece dudas, pero, obvio es, que circunscrito a los límites o requisitos previos que haya podido establecer el legislador mediante los citados *"conceptos judicialmente asequibles"*. Por ello, en la práctica, no resulta apreciable —situados en dicho ámbito— ninguna diferencia entre este control jurisdiccional y el que opera respecto de los actos discrecionales, que se realiza, fundamentalmente, mediante el control de los elementos reglados. Dicho de otro modo, este tipo de actos políticos o de dirección política no son en la actualidad sino decisiones para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye un amplísimo —máximo, si se quiere— margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo para apreciar *"los que sean de interés público"*, pero sin que, en modo alguno, ello comporte una distinta naturaleza de estos actos en cuanto a su control jurisdiccional, ni merezcan, por consiguiente, una denominación diferenciada de los mismos, pues están sometidos a las reglas generales de vinculación a la Ley y al Derecho y de control judicial de los actos discrecionales de la Administración.

Así lo reconoce de forma expresa el legislador cuando en la Exposición de Motivos de la vigente LRJCA señala que *"La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad - llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho"*.

A pesar de ello, como ya hemos expresado, de la lectura del artículo 2.a) de la misma LRJCA —que afirma la posibilidad de controlar determinados aspectos de los mismos *"cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos"*— se deduce que el legislador admite la existencia de actos de gobierno de naturaleza no administrativa exentos del control ordinario de legalidad y sólo controlables en sus elementos reglados, cuando resulten afectados derechos fundamentales o para hacer efectiva la garantía patrimonial.

5º. El indulto, por último, no tiene ni cuenta con la *naturaleza de acto administrativo*.



Así lo hemos expuesto en una reiterada jurisprudencia de esta Sala, debiendo citarse la STS 20 de febrero de 2013 , en la que dijimos que el ejercicio del derecho de gracia mediante la concesión o denegación de un indulto *"... no es el ejercicio de una potestad administrativa y no es susceptible de control a través de la técnica o mecanismo de control de la desviación de poder"*.

Por su parte, en la STS de 11 de diciembre de 2012 (166/2001) señalamos que *"El indulto, strictu sensu, no es un acto administrativo, ni menos un acto cuasi-reglado ... pues el ejercicio del derecho de gracia constituye una facultad potestativa no susceptible de ser combatida ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, salvo cuando se incumplan los trámites establecidos para su adopción"; "de suerte que su concesión o denegación se conforma como un acto no sujeto al derecho administrativo"*. Por ello en la STS 23 de enero de 2013 (RC 443/2012) expusimos que *"No resultan 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 de adopten por el Gobierno"*.

Ello —esto es, tal naturaleza ajena al acto administrativo— nos obliga a excluir el control del Decreto impugnado desde la perspectiva de la desviación de poder. De conformidad con lo establecido en el artículo 106 de la CE y 70.2 de la vigente LRJCA venimos exponiendo (por todas la clásica STS de 16 de marzo de 1999) que *"La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico"*.

Ni el ejercicio del derecho de gracia es una actuación administrativa, ni, en consecuencia, su materialización mediante el indulto supone el ejercicio de potestades administrativas, en los términos que hemos expuesto; por ello, la técnica de control del derecho de gracia a través de la desviación de poder no puede ser invocada — como pretenden los recurrentes— ya que su ámbito se circunscribe a la citada actuación administrativa, para poder comprobar, a través de la misma, si la finalidad con la que ha sido ejercida una potestad administrativa coincide con la atribuida por la Ley.

SÉPTIMO .- En relación con los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala sobre el indulto —y su posibilidad de revisión jurisdiccional por el orden Contencioso-administrativo— debemos de dejar constancia de que, desde el año 2001, la Sala ha pronunciado treinta y dos sentencias en relación con esta figura; en dos ocasiones por el Pleno de la Sala —SSTS de 2 de diciembre de 2005 (RCA 161/2004) y 26 de noviembre de 2009 (RCA 585/2008)— y en treinta por la Sección Sexta: SSTS de 21 de mayo de 2001 (RCA 310/1997), 11 de diciembre de 2002 (RCA 166/2001), 27 de mayo de 2003 (RCA 1064/2000), 3 de junio de 2003 (RCA 20/2001), 18 de julio de 2003 (RCA 128/1999), 3 de junio de 2004 (RCA 261/2002), 15 de febrero de 2005 (RCA 84/2003), 16 de febrero de 2005 (RCA 109/2004), 21 de febrero de 2005 (RCA 31/2004), 30 de septiembre de 2005 (RCA 100/2004), 11 de enero de 2006 (RCA 248/2004), 10 de octubre de 2007 (RCA 145/2006), 12 de diciembre de 2007 (RCA 26/2006), 16 de enero de 2008 (RCA 230/2005), 23 de enero de 2008 (RCA 144/2006), 28 de abril de 2009 (RCA 487/2008), 5 mayo de 2009 (RCA 570/2008), 17 de febrero de 2010 (RCA 160/2009), 7 de mayo de 2010 —dos— (RCA 68/2009 y RCA 541/2008), 14 de mayo de 2010 (RCA 636/2008), 24 de septiembre de 2010 (RCA 583/2009), 12 de mayo de 2011 (RCA 515/2010), 25 de enero de 2012 (RCA 314/2011), 8 de febrero de 2012 (RCA 342/2011), 23 de enero de 2013 (RCA 443/2012), 20 febrero de 2013 (RCA 165/2012), 9 de mayo de 2013 (RCA 481/2012), 28 de mayo de 2013 (RCA 452/2012) y 29 de mayo de 2013 (RCA 441/2012).

De tales pronunciamientos, cuatro lo han sido sobre Acuerdos de concesión de indulto (RRCC 166/2001, 26/2006, 68/2009 y 165/2012), y, los restantes veintiocho, sobre Acuerdos de denegación del mismo.

En síntesis, la doctrina general de la citada jurisprudencia —de conformidad con lo antes expuesto— puede concretarse en los siguientes pronunciamientos en relación con la posibilidad de control de los actos de indulto:

- a) Que el control jurisdiccional no puede extenderse a los defectos de motivación del indulto.
- b) Que el control se concreta en los *"aspectos formales"*, esto es, en los *elementos reglados* del procedimiento o de *"la gracia"*.
- c) Que, como elemento reglado, en concreto, se cita por la jurisprudencia la solicitud, en el expediente, de los informes preceptivos y no vinculantes. Y,
- d) Que el control jurisdiccional no se extiende a la valoración de los *"requisitos de carácter sustantivo"*.

Así, en la STS de 29 de Mayo del 2013 (RC 441/2012) hemos señalado que esta Sala *"con reiteración viene expresando, a la hora de delimitar el alcance del control jurisdiccional contencioso administrativo de los*



acuerdos de indulto, que se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración, esto es, a los aspectos reglados del procedimiento, concretamente, a si se han solicitado los informes preceptivos y no vinculantes que la Ley 1/1988 establece, sin extenderse a defectos de motivación ni, por supuesto, a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo".

Igualmente (SSTS de 20 de febrero y 9 de mayo de 2013 , RRCC 165 y 481 de 2012) se ha expuesto que *"los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos, sin que ello signifique que la fiscalización sea in integrum y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución".*

Pero también, en la STS (Pleno) de 2 de diciembre de 2005 (RC 161/2004) hemos expuesto que *"La regulación legal del indulto está recogida en la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero. Su exposición de motivos precisa bien su alcance y subraya, ya que se refiere solamente a los indultos particulares, la importancia que han de tener a los efectos de la decisión que deba adoptar el Consejo de Ministros, los hechos y circunstancias del caso concreto, sobre los que debe extenderse la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se manifieste. Motivación que deberá contemplar, especialmente, las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, de la equidad y de la conveniencia social, pues son extremos cuyo estudio impone la Ley. Por tanto, el indulto comporta una decisión circunscrita a un supuesto específico: el del reo al que se refiere, ya lo haya solicitado él o sean otros quienes lo hayan pedido en su nombre ...".*

OCTAVO .- Pues bien, llegados a este punto, la cuestión que se nos plantea por los recurrentes es la relativa a sí (1) pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto, (2) pese a la no exigencia de motivación --en los términos exigidos para los actos administrativos--, y, (3) a pesar de la tradición histórica seguida en nuestro país para la concesión de los indultos, puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos.

Hemos de entender que sí.

Como no es un acto administrativo, no puede exigirse al Acuerdo de concesión o denegación del mismo una motivación en el sentido técnico que requiere 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 artículo 11 ; razones a las que también alude su exposición de motivos cuando señala que la concesión del indulto ha de llevarse a cabo *"con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social"*.

En todo caso, la decisión del legislador no deja de ser contradictoria, pues, si bien en la redacción original de la Ley de Indulto de 1870 (artículo 30) se señalaba que *"La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros"*, tal referencia desapareció en la reforma llevada a cabo por la Ley 1/1998, de 14 de enero, que señala simplemente que *"La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto"*. No obstante, la exposición de motivos de la Ley, no modificada, sigue diciendo que *"para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional"* .

Obvio es que el control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar), ni a la valoración del contenido de los requisitos formales (esto es, al contenido de los informes reglados a los que se refiere la LI), pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las *"razones de justicia, equidad o utilidad pública"* ; especificación a la que ha de llegarse *"con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir"*.

Esto es , no contamos con ámbito de revisión jurisdiccional respecto de la decisión de indultar, ni podemos adentrarnos en las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones que consten en el expediente, pues nuestro ámbito llega, como hemos expresado, al control de la concurrencia de los elementos preceptivos, sin poder discutir sus respectivos contenidos. Pero sí debemos enjuiciar si las *"razones de justicia, equidad o utilidad pública"* --- que necesariamente deben de constar en el Acuerdo y que pueden responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar)--, cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente. Dicho de otra forma, entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las *"razones de justicia, equidad o utilidad pública"* (legalmente exigibles) , se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente *"asequible"*, por el que debe transitarse con los instrumentos de la lógica jurídica. Si el legislador ha establecido la obligación de seguir un procedimiento para la concesión



o denegación de los indultos, que ha de materializarse y documentarse en un expediente administrativo, y si el mismo legislador exige *"que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional"*, obvio es que el legislador ha pretendido que de esa *"tramitación documentada"* se desprendan las tan citadas *"razones de justicia, equidad o utilidad pública"*, legalmente exigibles, pues, de otra forma, la absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa. En consecuencia, hemos de tener acceso para comprobar si la operación jurídica llevada a cabo por el Consejo de Ministros, dirigida a especificar y revelar las expresadas razones —a la vista del expediente tramitado—, que constituyen el interés general de tal actuación, ha conseguido realmente tal finalidad en el terreno —asequible para nosotros— de la lógica y la racionalidad jurídica, pues, si bien se observa, la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad, y en consecuencia todos los actos del Poder Ejecutivo y de la Administración han de ser racionales.

Por tanto, se insiste, entre la intocable decisión de la concesión —o denegación— de un indulto, tras el seguimiento del procedimiento establecido (en el que ha de constar la solicitud de los preceptivos informes y los demás elementos reglados), y la especificación en el Acuerdo de concesión de las *"razones de justicia, equidad o utilidad pública"* —variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional—, se nos presenta como exigible un proceso lógico que no puede resultar arbitrario, y del que ha de desprenderse que las expresadas razones no son una construcción en el vacío.

Se trata, pues, de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente —cuyo contenido no podemos revisar— para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica. Lo que podemos comprobar es si la concreta decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente, pues, ha sido el propio legislador el que ha limitado la citada discrecionalidad a la hora de ejercer la prerrogativa de gracia, materializada en el indulto, estableciendo las razones a las que ha de responder el mismo, las cuales deben constar en el Acuerdo de concesión.

Tales razones han de ser explicadas y han de ser deducidas de lo actuado en el expediente (informes preceptivos, estos sí, motivados, alegaciones, certificaciones, aportaciones sobre la vida y conducta del indultado, etc.), pero, una vez verificada la realidad de tales hechos —que habremos de aceptar y que no podemos revisar— la revisión jurisdiccional, en ese espacio asequible al que tenemos acceso, debe valorar si la decisión adoptada guarda *"coherencia lógica"* con aquellos, de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida (basada en las expresadas razones legales de *"justicia, equidad o utilidad pública"*), con la realidad plasmada en el expediente y que constituye su presupuesto inexorable, *"tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y mas concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos — art. 9º.3 de la Constitución —, que, en lo que ahora importa, aspira a "evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna"* (STS de 27 de abril de 1983). Recordando estos clásicos conceptos hemos de reiterar que para no incurrir en arbitrariedad la decisión discrecional *"debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera"* (STS de 29 de noviembre de 1985), ya que en los actos discrecionales *"al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión"* (STS de 7 de febrero de 1987). Ello obliga a la Administración a *"aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican"* (SSTS de 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985); motivos y fines que, en el ejercicio del derecho de gracia, son las conocidas *"razones de justicia, equidad o utilidad pública"*.

En el supuesto concreto del indulto (STS 20 de febrero de 2013) nos acercamos a dichas consideraciones al señalar que *"El indulto no es indiferente a la Ley, muy al contrario es un quid aliud respecto de la Ley, y, por tanto, no puede ser ajeno a la fiscalización de los Tribunales, pues en un Estado constitucional como el nuestro, que se proclama de Derecho, no se puede admitir un poder público que en el ejercicio de sus potestades esté dispensado y sustraído a cualesquiera restricciones que pudieran derivar de la interpretación de la Ley por los Tribunales"*.

En fin, que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el artículo 9.3 de la CE, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. Y tal exigencia también



ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida.

NOVENO .- Pues bien, el Real Decreto impugnado lo único que señala es lo siguiente: "*Visto el expediente de indulto ... en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros ..., Vengo en conmutar...*".

En consecuencia, el citado Real Decreto no señala las "*razones de justicia, equidad o utilidad pública*", exigidas por el legislador, y que han de ser determinantes del indulto; desde otra perspectiva, la única fundamentación que el mismo contiene — esto es, la referencia a los dos citados informes— no podemos situarla en el terreno de la lógica jurídica, excluyente de la arbitrariedad, ya que, por una parte, el Ministerio Fiscal señala que "*se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública*", y, por otra parte, el Tribunal sentenciador informa en el sentido de que "*... NO PROCEDE la concesión del indulto*".

Irremisiblemente ello nos lleva a la anulación del Real Decreto impugnado, con devolución del mismo al órgano de procedencia, para que, en su caso y si a bien lo tiene, su decisión de indultar —que no podemos revisar— sea adoptada en los términos expresados en el texto de la presente sentencia.

DÉCIMO .- De conformidad con lo establecido en el artículo 104.1 y 2 de la LRJCA, en relación con el 71.1.c) del mismo texto legal, se señala el plazo de tres meses para la ejecución del fallo de la presente sentencia, a partir del acuse de recibo de su recepción por la Administración.

DÉCIMO PRIMERO .- No se aprecian motivos para la imposición de las costas del presente recurso (artículo 139 de la LRJCA).

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

1º.- Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Alexander y D^a. Bibiana, representados por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Plasencia Baltes y asistidos del Letrado D. Agustín Ferrer Olaso, contra el Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, aprobado por el **CONSEJO DE MINISTROS** en su sesión de fecha 7 de noviembre de 2012, por el que se indulta a D. Ezequias; Real Decreto que anulamos en los términos expresados en el último párrafo del Fundamento Jurídico Séptimo de la presente Sentencia.

2º.- Que no imponemos las costas del recurso.

3º. Que se señala el plazo de tres meses para la ejecución del fallo de la presente sentencia.

4º. Que el presente Fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez D. Ricardo Enriquez Sancho D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez D. Pedro Jose Yague Gil D. Rafael Fernandez Montalvo D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Manuel Campos Sanchez-Bordona D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Rafael Fernandez Valverde D^a. Celsa Pico Lorenzo D. Octavio Juan Herrero Pina D. Emilio Frias Ponce D. Jose Diaz Delgado D. Eduardo Calvo Rojas D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D^a. Maria del Pilar Teso Gamella D. Juan Carlos Trillo Alonso D. Jose Antonio Montero Fernandez D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Carlos Lesmes Serrano D. Jose Maria del Riego Valledor D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Ramon Trillo Torres D. Vicente Conde Martin de Hijas D. Manuel Martin Timon D. Jesus Ernesto Peces Morate D. Juan Gonzalo Martinez Mico

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Jorge Rodriguez-Zapata Perez, EN EL RECURSO **13/2013** INTERPUESTO POR DON Alexander Y DOÑA Bibiana CONTRA EL REAL DECRETO 1668/2012, DE 7 DE DICIEMBRE POR EL QUE SE INDULTA A DON Ezequias



Discrepo de la sentencia mayoritaria mediante este voto particular al que, conforme a lo dispuesto en el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, doy forma de sentencia.

Se funda en los argumentos que expuse en el Pleno de la Sala en el acto de deliberación, votación y fallo del recurso, actos procesales que tuvieron lugar los días 5, 6 y 7 de noviembre de 2013.

En Madrid, a veinte de noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, el recurso interpuesto por el Procurador don Carlos Plasencia Baltes, en nombre y representación de don Alexander y doña Bibiana contra el Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre por el que se indulta a don Ezequias .

Han sido partes demandadas la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado y don Ezequias , representado por el Procurador don Jaime Briones Méndez

ANTECEDENTES DE HECHO :

ÚNICO.- Me atengo a los hechos que se desprenden del expediente administrativo y tengo en cuenta todo el contenido del proceso y, muy particularmente, la deliberación y votación del asunto en los términos en que una y otra se produjeron en el Pleno de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO a QUINTO .- Acepto los fundamentos de la sentencia de la mayoría.

SEXTO.- *El derecho de gracia no es una facultad sustancialmente gubernamental, sino una atribución constitucional del Rey como Jefe del Estado.*

Cuando la Constitución de 1978 (en adelante CE) habla de " *prerrogativa de gracia* " (artículo 87.3 CE) o de " *prerrogativa real de gracia* " (artículo 102.3 CE) atribuye al Rey una *competencia constitucional* .

Todas las Constituciones contemporáneas, cualquiera que sea su signo y la forma -monárquica o republicana- de Jefatura del Estado que adopten reconocen hoy el ejercicio del *derecho de gracia*, que no es una institución periclitada o un símbolo del sistema absolutista. Sorprende la pujanza que la vieja institución del " *acto de amnistía* " -o de " *olvido*" (" *amnestía* ")- que otorgó Trasíbulo, por primera vez, en el año 403 a. de C. a los treinta tiranos que habían esclavizado Atenas tiene, bajo una u otra forma, en el Derecho constitucional actual.

Es cierto que en las Monarquías absolutas la palabra del Soberano era, según el caso, *ley, sentencia y perdón* y que en las democracias parlamentarias *el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial* se han independizado de la autoridad del Jefe del Estado, que ejerce el derecho de gracia. Precisamente por eso no comparto la afirmación de que el órgano competente para el ejercicio del derecho de gracia sea el Gobierno y no el Rey.

Sigue aún vigente en España la Ley de 18 de julio de 1870 (en adelante LI), para el ejercicio del derecho de la gracia del indulto. Se debe ponderar que, cuando dicha Ley se dictó, el Rey era el Jefe Supremo del Gobierno y la primera jerarquía de la Administración Pública (Cfr., art. 69 de la Constitución de 1869). Hoy el Gobierno es, en cambio, un órgano constitucional independiente y diferente del Rey (artículo 98 CE) lo que comporta tres consecuencias: (1) Afirmar que el indulto compete al Gobierno -que no al Rey- no se ajusta a la CE que atribuye al Rey -que no al Gobierno- la prerrogativa de gracia; (2) Cuando el Rey expide un decreto de indulto actúa en una relación jurídico-constitucional con el Ministro que refrenda muy distinta de la que existe cuando expide los demás decretos acordados en Consejo de Ministros [artículo 62 f) CE]; la competencia en estos últimos decretos es propia del Gobierno y, en el primero, es ejercicio del derecho de gracia que la Constitución ha atribuido sólo al Rey. Y (3) la intervención del Rey en un acto jurídico significa *la intervención del Estado en su unidad* . Por eso se puede atribuir formalmente al Rey, sin esfuerzo dogmático, la potestad de *excepcionar la ejecución de una sentencia penal mediante la condonación en todo o en parte de la pena que se indulta* y que ha sido impuesta por Tribunales a los que compete exclusivamente juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por exigencia del artículo 117.3 CE . La atribución al Rey del derecho de gracia se explica porque es el único órgano que, sigue ostentando constitucionalmente " *en posición* " la condición de *vértice de los tres poderes* en nuestro Estado social y democrático de Derecho. « *La justicia* "... *se administra en nombre del Rey* » (artículo 117.1 CE) y la interferencia que un indulto singular crea en las funciones constitucionales que tienen atribuida hoy en forma exclusiva los Tribunales del orden penal puede explicarse sólo si es el Rey quien perdona la pena. Menguar la intervención formal del Rey y predicar el indulto como potestad sustancial del Gobierno nos conduciría, en forma irremisible, a cuestionar si sigue siendo constitucional el sistema establecido en la Ley de 18 de junio de 1870, pese a la intervención en la Ley 1/1988, de 14 de enero, del legislador constitucional de 1978. Estaríamos abocados al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la vieja Ley de 1870 porque sería imposible entenderla derogada por la CE en su configuración esencial.



El derecho de gracia es *una excepción singular a la función jurisdiccional penal* y, en el Derecho español, hay que atribuirle también ese mismo *carácter jurisdiccional* por lo que es, por naturaleza, competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.5ª CE) no atribuible o transferible a las Comunidades Autónomas, como podría sostenerse si fuera el Gobierno -que no el Rey- el competente en esta materia. En definitiva la intervención del Rey en la gracia, aunque tenga hoy un relieve formal que se explica por la *teoría del acto compuesto* [sentencias del Tribunal Constitucional 16/1984, de 6 de febrero, (FJ 4) y 5/1987, de 27 de enero , (FJ 6)] no es secundaria ni constitucionalmente irrelevante.

SÉPTIMO.- *La configuración constitucional del derecho de gracia no sólo tiene relieve como un requisito formal del acto de gracia sino también consecuencias decisivas a efectos de nuestro control jurisdiccional.*

Estas matizaciones tienen un relieve concreto que lleva a la razón de decidir de este caso.

La Sentencia considera que el indulto es sustancialmente competencia del Gobierno y, por eso, dejándose llevar por la corriente de *una visión claramente administrativa* del derecho de gracia desciende en extensas consideraciones sobre la discrecionalidad, los actos -políticos o administrativos- y las exigencias de su motivación -o fundamentación- hasta que desemboca en un fallo estimatorio. Sostengo que el indulto, siempre que sea concedido " *con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales* " [artículo 62 i) CE], es *ejercicio del derecho de gracia* que, denominado significativamente *prerrogativa real* (artículo 102.3 CE), corresponde constitucionalmente al Jefe del Estado. Examinado el indulto *con una visión sustancialista* del derecho de gracia concluyo que todo indulto se concede, y desde hace más de dos mil años, *por razones de bondad y de equidad* (antigua *clementia Principis*). Cuando se respetan -como no puede ser de otra forma en un Estado social y democrático de Derecho- todos, y cada uno, de los *límites formales* y todas, y cada una, de las *prohibiciones* que marca el legislador de 1870 (y ha revisado el de 1988), el indulto es fruto de *una libre estimación subjetiva* . Debe ser sometido, sin duda, a controles políticos, parlamentarios o del mismo electorado pero no es susceptible de ser articulado en un juicio de Derecho por lo que no puede ser controlado por los Tribunales de lo contencioso-administrativo más que en sus aspectos formales.

Desde la época romana hasta hoy se ha afirmado en nuestra cultura que el perdón es libre y se concede por razones de bondad y de equidad, no por formulismos legales: " *Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat* " (Séneca, De Clementia, II, 7).

Al llegar a esta conclusión me atengo, con los matices de dogmática constitucional que preceden, a lo que ha establecido la jurisprudencia unánime de esta Sala, cuya cita -por conocida- es innecesaria. Entiendo que la sentencia de la que respetuosamente disiento se aparta de ella por lo que he expuesto y, sobre todo, *al exigir una motivación formal* que no exige la Ley sin haber planteado previamente cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30 de la LI, como imponía una correcta aplicación de nuestro sistema de fuentes del Derecho, del que la sentencia se aparta.

El fallo debió desestimar el recurso, al haberse respetado en el caso, como acepta la sentencia de la mayoría, las prohibiciones y los requisitos formales que hasta ahora había exigido nuestra jurisprudencia en el otorgamiento de este indulto, como voy a razonar.

OCTAVO.- *Significado constitucional de la potestad de "indulto concedido con arreglo a la ley, que no puede autorizar indultos generales" .*

Desde el artículo 171 de la Constitución de 1812, que confería al Rey la prerrogativa de " *indultar delincuentes conforme a las leyes* ", todos nuestros textos constitucionales (artículos 43 de la Constitución de 1837; 46 de la de 1845; 52 de la de 1856; 73 de la de 1869 ó 54 de la de 1876), hasta el artículo 62 i) de la Constitución de 1978 han convertido la prerrogativa real de gracia en una atribución constitucional del Rey, al exigir que se indulte " *con arreglo a la ley* " .

Dicha Ley no se dictó hasta el año 1870 aunque, en la época preliberal, el Título 43 del Libro XII de la Novísima Recopilación ya limitó muy sustancialmente, en las once leyes que recoge, la aplicación de la prerrogativa real de gracia en múltiples casos.

La Constitución de 1978 ha seguido a la letra la regulación más restrictiva que existe en todas nuestras Constituciones del siglo XIX. Es la que se contiene en la " *non nata* " Constitución de 1856 que, en su artículo 52, 10 , decía que corresponde al Rey " *indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes sin que pueda conceder indultos generales* " .

El derecho de gracia, según la CE, debe ejercerse con un respeto estricto a la LI, *en una vinculación positiva del ejercicio del mismo derecho* a dicha Ley, que ha sido acomodada a la Constitución de 1978 por la reforma operada en la Ley 1/1988, de 14 de enero.



La prohibición de conceder *indultos generales* se encontraba ya en el artículo 4º del Real Decreto de 7 de diciembre de 1866, que precedió a la Ley de 1870.

Según el Preámbulo de dicho Real Decreto, que se debe a la pluma del que fue Presidente de este Tribunal Supremo Lorenzo Arrazola, los *indultos generales* que se prohíben son aquellos en los que *el motivo de la gracia es independiente de la voluntad del penado*; por ejemplo los concedidos por faustos sucesos, repetidos cada año, con los que el criminal contaba o puede contar de antemano para medir la duración real de su penal y la posibilidad de eludirla.

No se consideraban en consecuencia indultos generales los que se conceden a una multitud de personas, sino los indultos de multitud *no motivados*. Entiende el Preámbulo del Real Decreto de 1866 por *indultos no motivados* algo distinto de lo que se considera en la actualidad. Son "*no motivados*" los "*no fundados en hechos personales plausibles y meritorios: examen que hace descender para la aplicación de la gracia a la conducta y hechos individuales de los penados, en cuyo caso el indulto general con forma general o colectiva es individual*".

NOVENO.- *El requisito formal de que la motivación de la gracia conste en el Real Decreto de indulto que se enjuicia.*

La sentencia considera cumplidos, como ya he dicho, los requisitos formales exigidos en la LI, según la jurisprudencia de esta Sala pero añade uno novedoso: Que conste en el mismo Acuerdo de concesión (*id est*: en el propio Real Decreto) la *motivación* -o fundamentación- de la gracia. En el texto del Real Decreto impugnado aquí sólo se ha hecho constar la existencia de un informe del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, que son negativos al indulto parcial, pero el fallo concede a la Administración (FJ 10 y Ap. 3 del Fallo) un plazo de tres meses para que vuelva a indultar, por lo que hay que entender que la exigencia que se impone es un requisito meramente formal. Se obliga a la Administración a hacer constar, en un nuevo Real Decreto, los informes favorables al indulto que también obran en el expediente. La Sentencia considera que el indulto es arbitrario por motivos formales porque, en otro caso, no sería admisible la "*devolución del mismo al órgano de procedencia para que, en su caso, y si a bien lo tiene, su decisión de indultar [...] sea adoptada en los términos expresados en el texto de la presente sentencia*" (FJ 9 *in fine*).

Disiento de esa nueva exigencia de una *motivación o fundamentación formal* por las cinco razones siguientes: (1) No existe ningún precedente en que se haya exigido que el Real Decreto de indulto contenga una *motivación formal*. La sentencia recoge, al efecto, lo que es un simple "*ob iter dictum*" en la sentencia del Pleno de 2 de diciembre de 2005 (RC 161/2004), ya que carecía de relieve para la razón de decidir en aquel caso; (2) Tampoco lo es el Preámbulo de la Ley de 1870 porque, aparte de que la expresión *decreto motivado* no tenía la significación que se le quiere otorgar, como entendió correctamente la Ley 1/1988, dicha Ley suprimió el requisito que ahora se exige y no cabe anular una medida de gracia por no cumplir un requisito no sólo no previsto en una Ley que habilita en forma positiva para ejercer el derecho o prerrogativa de gracia sino excluido expresamente por ella sin plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30 de la misma, como pedía la parte recurrente [A de H 5 g) de la sentencia]; (3) Tampoco sirve de soporte a la nueva doctrina el artículo 11 de la LI, conforme al cual habría que exigir en el Acuerdo de indulto "*razones de justicia, equidad o utilidad pública*" en cuanto el artículo 11 de la LI se refiere únicamente a los *indultos totales* -así lo confirma el artículo 12 que se refiere a los demás casos- por lo que resulta inaplicable al indulto concedido en este caso, que es un indulto parcial, ya que conmuta "*la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento por otra de dos años de multa*" (4) En cualquier caso las "*razones de justicia, equidad o utilidad pública*" que exige el referido artículo 11 deben ser apreciadas precisamente por el Tribunal penal sentenciador [... "*a juicio del Tribunal sentenciador*" dice la Ley] por lo que poco debemos añadir los Tribunales de lo contencioso a la existencia o inexistencia de dichas razones y de escasa ayuda es que consten formalmente en el texto del Real Decreto si, como acontece en este caso, se puede encontrar el informe del Tribunal sentenciador entre los documentos que obran en el expediente administrativo y (5).

Tampoco sirve de soporte a la nueva doctrina el fragmento del Preámbulo de la Ley de 1870, cuando ésta señalaba que la concesión del indulto ha de llevarse a cabo "*con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias y después de un detenido estudio sobre las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, la equidad o de la conveniencia social*". Este Magistrado comparte que estas exigencias sean obligadas pero eso no justifica que deban constar formalmente y en el texto del Real Decreto y no se puedan apreciar, como hasta ahora, en un examen del expediente administrativo aportado a los autos o de los datos objetivos del proceso.

Si esas razones demuestran que la motivación formal es una exigencia "*pro futuro*" que no nace de la Ley, sino de la Sentencia de la que discrepo, es pertinente efectuar dos reflexiones sobre el precedente que instauramos con esta innovación.



Creo que el indulto individual tiene por fundamento que la justicia penal no sea el lecho de Procusto. Es, así, algo excepcional que se concede *una tantum*.

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 *Schick v. Reed* de 23 de diciembre de 1974 [419 U.S. 256 (1974)]).

La exigencia de una motivación formal, caso por caso, que introduce la sentencia mayoritaria me suscita dos interrogantes: (1) ¿Llevará a la creación de supuestos de *precedentes de gracia* para denegar, o, por qué no, conceder, indultos en vía jurisdiccional en casos similares?. Si se admite ese canon de enjuiciamiento asistiríamos al fin del derecho de gracia en nuestro Derecho; y (2) publicar en el Boletín Oficial del Estado el delito y los datos de carácter personal y familiar del delincuente que se indulta -como se sugiere en el FJ 8 de la Sentencia- vulneraría *bienes de la personalidad* y derechos fundamentales del indultado, al recordarse públicamente su delito y sus circunstancias, precisamente cuando se le considera merecedor del otorgamiento de la gracia o el perdón.

Disiento, en conclusión, del fallo que anula el Real Decreto de indulto y lo hace, además, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30 de la LI, según la versión de la Ley 1/1988 . Entiendo, con todo respeto, que la Sala se aparta de la debida aplicación del sistema de fuentes del Derecho y se excede en su jurisdicción, al anular una medida de gracia por una exigencia no prevista ni en la Ley que habilita en forma positiva para el ejercicio del derecho de gracia ni en la jurisprudencia unánime de esta Sala.

DÉCIMO.- *Una Sala de lo contencioso-administrativo no puede otorgar medidas de gracia ni emplazar al Gobierno para que las otorgue.*

Mi última discrepancia afecta al sentido del fallo de la sentencia. Su apartado primero anula el Real Decreto 1668/2012, por el que se indultó a don Ezequias . La anulación de la medida de gracia tiene, como consecuencia lógica e inevitable, la obligación de que el indultado siga cumpliendo la pena privativa de trece años de prisión, en la parte pendiente de cumplimiento. Como declara la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2001 (R 4/2001), el indulto es también, desde la perspectiva del beneficiado por la gracia, un acto declarativo de derechos.

Como ya dije, el apartado tercero del fallo de la Sentencia mayoritaria pospone por un plazo de tres meses la ejecución de nuestro fallo, a partir del acuse de recibo de la recepción de la Sentencia por la Administración (FJ 10 y Apartado 3 del fallo), lo que abre la posibilidad de que el indultado no se vea privado de los efectos de la gracia que tiene concedida por una causa no exigida anteriormente por la Ley 1/1988 ni la jurisprudencia, y en relación, además, con una pena privativa de libertad.

Aunque, si se interpreta en ese sentido, el fallo podría considerarse razonable para este primer caso, tras el *overruling* que implica el cambio de criterio de la Sentencia, entiendo que la Sala carece de jurisdicción (artículo 117.4 en relación con el artículo 117.3 *in fine* de la CE) para posponer en forma expresa la ejecución de un fallo de simple anulación por un plazo de tres meses, o por cualquier otro. No existe precepto legal en la Ley reguladora de este orden de jurisdicción contencioso- administrativo que lo permita. El fallo de la sentencia no reconoce, ni las partes habían pedido, situación jurídica individualizada alguna, por lo que no resultan de aplicación a este caso el artículo 71.1.c) de la LRJCA ni el 104.2 del mismo texto legal que invoca el FJ 10 de la Sentencia. [Por todas, sentencias de 29 de abril de 2009 (Casación 4089/2007) y de 24 de septiembre de 2008 (Casación 2114/2006) y de 7 de junio de 2005 (Casación 2492/2003)].

Al contener un pronunciamiento que pospone la ejecución de su propio fallo la Sentencia de la que discrepo viene a otorgar al mismo tiempo, y en forma positiva, una medida de gracia. En efecto, la posposición de la ejecución del fallo de la Sentencia de la que disiento implica el mismo retraso en la ejecución de la condena penal que todavía resta por cumplir, tras el fallo anulatorio, a don Ezequias . La institución de deferir la ejecución de una sentencia penal a la espera de un indulto -que se conoce en el Derecho anglosajón como " *reprieve*"- es una interferencia en el ámbito de la Justicia penal que no está atribuida en nuestro Derecho a los Tribunales de lo contencioso-administrativo.

UNDÉCIMO.- *Procedencia de desestimar el recurso .*

Todo lo razonado debió conducir, en mi opinión, a desestimar el recurso y a imponer las costas del mismo a la parte recurrente, al haber visto rechazadas todas sus pretensiones, por imperativo del artículo 139.1 de la LRJCA (Ley 37/2011, de 10 de octubre) con el límite (art. 139.3 de la LRJCA) de seis mil euros (6.000 €) por todos los conceptos, a repartir por mitad y en partes iguales entre las dos partes demandadas.

En consecuencia la parte dispositiva de la sentencia debió haber sido la siguiente:



FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de don Alexander y dona Bibiana contra el Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, por el que se indulta a don Ezequias. E imponemos expresamente a la parte recurrente las costas del presente recurso, con el límite y en la forma expresada en el último fundamento jurídico.

Y, en este sentido, formulo mi Voto particular expresando de nuevo mi máximo respeto al criterio contrario.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR concurrente a la Sentencia dictada en el recurso 2/13/2013 que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado al que se adhiere D^a. Celsa Pico Lorenzo.

Formulo el presente voto particular concurrente para manifestar mi respetuosa discrepancia con un aspecto de la fundamentación de la Sentencia dictada por el Pleno, el relativo a si la Ley reguladora del indulto de 1.870 (Ley de 18 de julio de 1.870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto) requiere que el Real Decreto que otorga esté motivado. En mi opinión y a diferencia de la que resultó mayoritaria, por las razones que voy a expresar, la Ley de 1.870 en vigor sigue exigiendo la necesidad de motivar los indultos tras la reforma operada en 1.988, que modificó la denominación de los decretos de indulto.

Debo decir, sin embargo, que los razonamientos del fundamento jurídico octavo de la Sentencia sobre la necesidad de que de la "tramitación documentada" del indulto se desprendan las "razones de justicia, equidad o utilidad pública" legalmente exigibles, llevan a unos efectos prácticos análogos a la necesidad de motivación del acto discrecional del indulto, tal como se defiende en este voto particular como exigencia de la Ley de indulto de 1.870 en su redacción actual y en el vigente marco constitucional.

PRIMERO .- Sobre la exigencia legal de motivar los indultos en la Ley de 1.870.

En ningún caso el Pleno puso en duda algo que resulta evidente con el tenor de la Ley de 1.870, y es que en su formulación original la misma requiere de forma inexcusable que los decretos que otorgaban la gracia del indulto (denominados según el artículo 30, "decretos motivados del Consejo de Ministros") fuesen provistos, como su propia denominación explicitaba, de la correspondiente motivación. Conviene sin embargo recordar las razones que justifican esta aseveración.

Antes de explicar sucintamente dichas razones, ha de advertirse algo que es, por lo demás obvio. En la deliberación se hizo hincapié tanto por mí como por otros magistrados en la importancia de la exposición de motivos de la Ley a la hora de interpretar las previsiones de la misma. Pero conviene advertir que la importancia de la exposición de motivos deriva, como no podía dejar de ser, no de que se reclame su fuerza normativa directa, sino de su valor como instrumento interpretativo de las disposiciones de la Ley. La exigencia de motivación de los indultos deriva pues, en opinión de quien suscribe, del tenor de los preceptos de la Ley, si bien dicha exigencia resulta más clara e incontestable a la luz de la exposición de motivos de la misma.

1. La exposición de motivos de la Ley. La Ley tiene una motivación que es muy expresiva de la finalidad y objetivos que se perseguían con ella. Dos aspectos de la exposición de motivos resultan de especial interés: uno, su referencia a la exigencia de motivación de los decretos de indulto; el otro, la explicitación de la finalidad a la que está encaminado el indulto.

- La motivación de los decretos de indulto. Sin necesidad de reproducir los términos de la exposición de motivos, baste recordar que el legislador comienza por advertir de los abusos que se estaban produciendo con los indultos, tanto respecto a la facilidad con que se otorgaban, como por la inobservancia de las exigencias de los decretos que hasta ese momento regulaban la gracia del indulto. Y luego, en varios momentos de la exposición de motivos se insiste en la necesidad de que el indulto se otorgue sólo en casos plenamente justificados, tras la debida ponderación de la circunstancias y de las consecuencias del indulto, así como de la necesidad de "alejar hasta la sombra de duda sobre los efectos que ha de producir la gracia que se otorgue", dado que se restituyen al penado derechos de los que había sido justamente privado por la sentencia; así, hasta llegar a la conclusión de que "para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un decreto motivado, a fin de que consten las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional". Y, a continuación, se añade "los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes no temen la publicidad y el juicio de la opinión. Por esto, los decretos de indulto se habrán de insertar en la Gaceta de Madrid".

En suma, la exposición de motivos es muy clara en su expresión de que la Ley requiere que los decretos de indulto han de estar justificados, que se han de otorgar en decretos motivados del Consejo de Ministros y que han de ser publicados en la Gaceta de Madrid.



- La finalidad del indulto. El hecho de que la exposición de motivos se refiera expresamente a la motivación podría hacer pensar que es suficiente para justificar la interpretación del texto de la Ley en el sentido de que existe una exigencia legal de motivación de los indultos. Sin embargo, tan importante como la expresa referencia a la motivación es la reiterada afirmación de que el indulto está encaminado a la consecución de determinados objetivos. De esta manera, se constata que en la opinión del legislador de 1.870 el carácter graciable del indulto no supone una absoluta discrecionalidad o libertad para su concesión, sino que, aunque la decisión de indulto corresponda en exclusiva al Gobierno -en el sentido de que la decisión de indulto en sí misma no está sujeta a control, de forma análoga a ciertos actos de naturaleza política o constitucional-, sí que está legalmente sometida a los objetivos y finalidad expresados por la Ley.

Así, de la exposición de motivos se deduce que el fundamento último del indulto sería evitar "las consecuencias siempre lamentables de la inflexibilidad de la sentencia ejecutoria, que por mil variadas causas conviene en ciertos y determinados casos suavizar, a fin de que la equidad, que se inspira en la prudencia, no choque nunca con el rigor característico de la justicia". Se trata, en definitiva, de atemperar el rigor de la aplicación estricta de las leyes en ciertos casos excepcionales. Y más adelante, en varias ocasiones, se explicitan los objetivos y valores que se deben perseguir en el ejercicio de la prerrogativa de indulto -lo que luego se plasmará en el propio articulado de la Ley-: el indulto debe concederse, tras un detenido estudio de circunstancias y consecuencias "bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social"; y más adelante, al referirse a la pena de muerte, se afirma que conviene "reducir su aplicación a los raros casos en que ni la justicia, ni la equidad ni la conveniencia social consientan por ningún concepto su conmutación en otra menos horrible". En suma, la concesión del indulto se justifica en la conveniencia de atemperar el rigor de la práctica y ha de responder, en opinión del legislador de 1.870, a criterios de justicia, equidad o de conveniencia social, no al libre capricho del titular de dicha prerrogativa.

2. Los preceptos legales y la motivación. De conformidad con lo que se expresa en la exposición de motivos, una interpretación sistemática del texto de la Ley hace evidente, a mi entender, la necesidad de que los decretos (hoy día, Reales Decretos) estén motivados. No porque se diga de forma expresa en algún artículo de la Ley, sino porque en varios preceptos se explicita la necesidad de que el indulto se otorgue para alcanzar determinados objetivos y de acuerdo con ciertos criterios expresados por la Ley. Así, si bien el indulto constituye una gracia, esto es, es un beneficio al penado que no se corresponde con un derecho de éste, no es un acto de contenido y finalidad libres para el Consejo de Ministros. Y, menos aún, puede afirmarse -como se ha llegado a sostener en ocasiones- que es un acto de contenido eminentemente arbitrario, equiparando erróneamente ausencia de control respecto al acto material (a quién se indulta, cumpliendo las exigencias legales) con decisión plenamente libre y exenta de cualquier necesidad de justificación.

Así pues, si los indultos están sometidos a la consecución de determinados objetivos legales y la exposición de motivos expresamente se refiere a la necesidad de motivación de los decretos de indulto, parece forzoso concluir que existe una exigencia legal de que dichos decretos estén motivados para expresar las razones y finalidad del indulto concedido.

A continuación recordamos los preceptos que recogen los principios a los que debe responder el indulto y que han sido ya expresados en la exposición de motivos (justicia, equidad y conveniencia social). El artículo 11 estipula que el indulto total se otorgará "tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador"; precepto que creemos que debe entenderse no en el sentido de restringir la validez de dichos principios a los indultos totales, sino que en estos casos tales razones han de ser manifestadas explícitamente por el tribunal sentenciador. Asimismo el artículo 16, al referirse a las condiciones a que puede someterse la gracia del indulto, habla de que pueden imponerse "las demás condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen". Como vemos, en los preceptos legales se substituye el criterio de la conveniencia social por el de utilidad pública, aunque parece que ambos términos deben considerarse substancialmente equiparables.

Pero es que, además, la lectura completa del texto legal lleva a la conclusión sistemática inescapable de que la principal preocupación del legislador ha sido que el indulto se otorgue con plena justificación, así como que esta justificación sea conocida por los ciudadanos.

SEGUNDO .- Sobre el sentido de la reforma de 1.988.

El argumento fundamental en el que se ha basado el Pleno para excluir la motivación de los decretos de indulto como una exigencia legal de la Ley de 1.870 es la reforma del artículo 30 operada en 1.988, junto con algunas otras modificaciones puntuales. Debe decirse que ésta reforma no altera la arquitectura y concepción general de la Ley, sino que se limita a ciertas modificaciones cuyo común denominador es la adaptación del texto decimonónico al contexto normativo actual.



En lo que respecta a la modificación del artículo 30, el cambio supuso substituir el texto primitivo "la concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros" por el de "[...], se hará en Real Decreto", así como substituir el término "Gaceta" por el de "Boletín Oficial del Estado". El cambio respondió a una enmienda del grupo parlamentario socialista cuya motivación decía escuetamente "adaptación de terminología".

En mi opinión, dicho cambio, con independencia ya de la intención de los enmendantes y del legislador -que parece sin duda exclusivamente terminológica-, carece de todo efecto desde la perspectiva de la exigencia o no de motivación. Al margen, insisto, de la pretensión del legislador, me parece por completo rechazable y abusivo entender que con tal modificación se ha suprimido la necesidad de motivación. La exigencia de la misma no era consecuencia de la previsión del artículo 30 sino, cabalmente, al contrario: la previsión de la Ley de que el indulto debía ser motivado, exigencia que derivaba de las razones ya expuestas, conducía a que debiera ser otorgado mediante decreto motivado del Consejo de Ministros, frente a los decretos no motivados emanados de los Ministros individualmente. La reforma de 1.988 es por tanto, por completo irrelevante desde la perspectiva de la exigencia de motivación.

TERCERO .- Sobre las exigencias constitucionales en relación con la motivación.

Por último, no puede obviarse que la Ley de 1.870 ha de interpretarse y aplicarse en la actualidad en el marco constitucional y de conformidad con las exigencias de la Constitución.

No puede afirmarse, desde luego, que la Constitución requiera en concreto que los Decretos de indulto estén motivados. Pero sí ha de entenderse que tales actos de poder público, aunque constituyan un acto graciable -no exigido por derecho alguno del indultado- están vinculados por la proscripción de la arbitrariedad establecida por el artículo 9.3 de la Constitución -precisamente la razón que ha llevado al Pleno a estimar el recurso-. Pues bien, qué duda cabe de que la mejor manera de excluir la arbitrariedad es expresar de manera explícita las razones que han llevado al Consejo de Ministros a otorgar el indulto a una determinada persona mediante la debida motivación. Y, en este sentido resulta obligado interpretar la Ley en la forma más ajustada a dicha exigencia constitucional, esto es, la Constitución requiere que el texto de 1.870 se interprete en el sentido de que tanto por la eficacia interpretativa de la exposición de motivos como por sus propios preceptos, la motivación constituye una exigencia legal.

En definitiva, existiendo razones fundadas en el texto legal para entender exigible la motivación, resulta paradójico sostener que la reforma operada en 1.988 lleva a interpretar la Ley de forma menos estricta que el propio texto original aprobado en 1.870 por el legislador decimonónico y en un sentido menos favorable a las exigencias constitucionales de exclusión de la arbitrariedad.

Dado en Madrid, a veinte de noviembre de dos mil trece.

D. Eduardo Espin Templado D^a. Celsa Pico Lorenzo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruz, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo número **13/2013**.

Comparto plenamente la decisión mayoritaria del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don Alexander y Doña Bibiana, y anular el Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del 7 de diciembre de 2012, por el que se indulta a Don Ezequias, así como manifiesto mi conformidad sustancial con los argumentos expuestos en la sentencia, aunque considero pertinente formular algunas precisiones conceptuales de relevancia constitucional que a continuación expongo, y que sustento en los siguientes razonamientos y fundamentos jurídicos:

PRIMERO.- El derecho de gracia, reconocido en el artículo 62 i) de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 como prerrogativa que corresponde al Rey, está sujeto a las prescripciones de la Constitución y de la Ley; y, por ello, no puede configurarse ni caracterizarse como una potestad absoluta, omnímoda o ilimitada, inmune a la fiscalización de los tribunales de justicia, porque por el propio designio objetivado del poder constituyente debe ejercerse «con arreglo a la Ley», quedando vedada la concesión de «indultos generales».

La regulación constitucional del derecho de gracia se contempla específicamente en los artículos 62 i), 87.3 y 102.3 de la Constitución, aunque para comprender la naturaleza, alcance y significado de esta función regia es preciso considerar otras disposiciones constitucionales que delimitan su recto ejercicio.



En este sentido, cabe advertir que el ejercicio del derecho de gracia, conforme a una interpretación integradora y sistemática de la Constitución, fundamentada en el principio de unidad de la Constitución, está supeditado y condicionado por los siguientes mandatos y exigencias de carácter sustantivo: ser congruente con el valor justicia (artículo 1.1 CE), respetar el principio de legalidad y el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), ser conciliable con la salvaguarda de los derechos de las víctimas (artículos 10 y 24 CE), y preservar el derecho de los penados a la reinserción social.

Asimismo, procede significar que la Constitución, entendida esencialmente como ordenamiento de la convivencia en libertad, cuyo objetivo fundamental es la limitación del poder del Estado, que se sustenta en el reconocimiento de los postulados del Estado social y democrático de Derecho, impone la vinculación de todos los poderes públicos constituidos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», de modo que resulta incompatible con el ordenamiento constitucional todo acto, emanado del Jefe del Estado, del poder legislativo, del poder ejecutivo o del poder judicial, que, eludiendo los principios y las reglas inherentes al principio de sometimiento «al imperio de la Ley y el Derecho» incurra en abuso de poder o sea arbitrario.

En aras de delimitar los contornos constitucionales del derecho de gracia, cabe poner de relieve que constituye una función constitucional atribuida al Rey de carácter excepcional, en cuanto pone en tensión el principio de separación de poderes, en la medida en que el ejercicio por el Gobierno de la facultad de indultar supone una especie de revisión de pronunciamientos judiciales, que interfiere en el principio de reserva de jurisdicción enunciado en el artículo 117 de la Constitución , ya que, materialmente, constituye una inmisión del poder ejecutivo en la potestad que corresponde en exclusiva a los tribunales de justicia de hacer ejecutar lo juzgado, y, en consecuencia, garantizar la ejecución de las penas.

SEGUNDO.- La institucionalización de la prerrogativa de gracia en la Constitución de 1978 obedece a razones de interés público constitucional, pues responde a la necesidad de arbitrar mecanismos que permitan al Gobierno -en su función de dirección de la policía criminal- eximir del cumplimiento de las penas impuestas por un tribunal de justicia en sentencia firme, mediante la concesión de indultos particulares, atemperando el rigor del ius puniendi del Estado en supuestos en que concurren circunstancias humanitarias, de justicia material, equidad o utilidad pública o conveniencia social.

De ahí, que el legislador postconstitucional haya aceptado la vigencia de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, y que, al aprobar el denominado «Código penal de la Democracia» por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, haya decidido conservar la facultad del Juez o Tribunal para acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, y si mediara petición de indulto.

El Auto de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1982 , en que se propone al Gobierno la concesión de indulto parcial para sustituir la pena impuesta, de conformidad con el artículo 2.2 del anterior Código Penal , es exponente del anclaje constitucional del indulto, en cuanto su justificación se incardina con objetivos legítimos de política criminal, que armonizan con el mandato constitucional de reinserción de los penados, contenido en el artículo 25 de la Constitución , pues atiende a la necesidad de atemperar las penas con el principio de culpabilidad y con el principio de proporcionalidad, según se refiere en los siguientes términos:

« [...] Que esa idea de justicia que debe informar el Estado de Derecho según el Texto Constitucional no tendría satisfacción cumplida si entre el supuesto de hecho y la pena o consecuencia jurídica no existiera una relación de justa proporcionalidad, que abstractamente se deduce del art. 15 de la Constitución , y que en forma concreta debe observarse al realizar por el Tribunal la individualización de la pena, y en este trance, donde reside el aspecto más delicado de la función juzgadora, aunque el resultado mortal se halle vinculado por una relación de previsibilidad al robo con violencia e intimidación concertado, arrastra tras de sí, haciendo la aplicación rigurosa y correcta de las disposiciones legales que ha hecho el Tribunal de instancia, unas penas desmedidas en relación con la culpabilidad de los agentes si se tienen en cuenta los medios violentos de utilización para la realización de los hechos y ese menor grado de malicia da lugar a que se estime excesiva la pena impuesta, y justifique del Tribunal para elevar al Gobierno de la Nación propuesta de indulto parcial en los términos que expresará la pertinente exposición, de acuerdo con lo prevenido en el párr. 2.º del art. 2 del C. P . y art. 902 «in fine» de la L. E. Crim .».

TERCERO.- La regulación del derecho de gracia contenida en la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, debe interpretarse de conformidad con la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, en cuanto la vigente Constitución constituye el contexto



ineludible a los efectos de su aplicación e interpretación, lo que compromete al Gobierno y a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a integrar las disposiciones del mencionado texto legal con los valores, principios y reglas constitucionales, con el objeto de evitar resultados o efectos aplicativos contradictorios o incompatibles con las disposiciones constitucionales.

La exigencia de que los Acuerdos del Consejo de Ministros de concesión de indultos sean motivados deriva directamente de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 18 de junio de 1870, que determinan que el indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador, y que «en los demás casos se concederá tan sólo el parcial, y con preferencia la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual», añadiendo, a continuación, que «sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá también conmutarse la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, y el penado además se conformare con la conmutación».

El deber de motivar el ejercicio del derecho de gracia se infiere inequívocamente de la Exposición de Motivos de la Ley de 18 de junio de 1870, que contiene el texto de la presentación de la Ley Provisional sobre el ejercicio de la gracia de indulto redactado por el Ministro de Gracia y Justicia Eugenio Montero Ríos, que es expresivo del propósito del legislador de regular la prerrogativa constitucional del derecho de gracia, reconocida en el artículo 73 de la Constitución de 1869, como una facultad limitada, condicionando su ejercicio a hacer constar de forma concreta las características y razones que lo justifican:

« [...] El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social. Por esto se prohíben en absoluto y se declara la nulidad de los que se concedan en términos generales y sin determinar la pena que se remite. Los indultos de este modo concedidos llevarán en sí mismos la prueba más incontrovertible de la ligereza o de la irreflexión con que habían sido otorgados.

Por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importante derechos de que le había privado justamente la sentencia. Esta sola indicación es suficiente para demostrar cuán necesario es alejar hasta la sombra de la duda sobre los efectos que ha de producir la gracia que se otorgue. En esta necesidad se halla el fundamento de lo prescrito en los artículos 6º, 8º, 13, 14, 4, 16 y 18 del proyecto.

El indulto no puede perjudicar los derechos de tercera persona. Por esto, el que se conceda de las penas pecuniarias accesorias, no alcanzará nunca a la remisión del pago de las que no correspondan al Estado. Por la misma razón no podrá concederse, y en todo caso no podrá llevarse a efecto, el indulto que cause perjuicio a tercero o lesione su derecho, ni el de pena impuesta por delito privado, si no ha otorgado el perdón al delincuente la parte ofendida. El respeto debido al derecho individual es causa suficiente legítima de esta limitación impuesta al poder social.

Pero una vez concedido el indulto, debe tener toda la fuerza de una sentencia ejecutoria. Los intereses más sagrados lo exigen así. Los principios más elementales de justicia lo proclaman también. Por esto se declaran irrevocables las concesiones de estas gracias, según las condiciones con que hayan sido hechas.

En el capítulo III se establece el procedimiento que se ha de observar en la petición y concesión de los indultos. Para pedir el perdón de un semejante, todo ciudadano, todo hombre, está suficientemente autorizado. Nadie, pues, necesitará poder escrito para satisfacer los impulsos de su piadoso corazón. El hombre siempre tiene para hacer el bien poder bastante de Dios. Los mismos Tribunales, al cumplir la severa misión de aplicar la ley, y aún el Fiscal encargado de pedir su cumplimiento, podrán proponer el indulto del sentenciado cuando crean que la justicia o la equidad pueden sufrir agravio por el inflexible rigor del precepto escrito.

Mas si debe ser ilimitada la libertad de pedir, es necesario poner fuertes trabas a la de conceder el indulto. Por esto no podrá otorgarse desde luego y sin que antes sean conocidos todos los hechos y circunstancias, así como la opinión del Tribunal que los haya sentenciado al reo y la del Consejo de Estado.

Ilustrado así el Gobierno, no son de temer las consecuencias de la precipitación y ligereza en tan delicada materia.

Y para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional.

Los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes, no temen la publicidad y el juicio de la opinión. Por esto, los decretos de indulto se habrán de insertar en la Gaceta de Madrid.



Si todavía altas consideraciones, a que da margen el estado social de España, no permiten borrar de nuestras leyes la horrible pena de muerte, conviene, sin embargo, ya reducir su aplicación a los raros casos en que, ni la justicia, ni la equidad, ni la conveniencia social, consientan por ningún concepto su conmutación en otra menos terrible. Por otra parte, tampoco está en armonía con nuestros hábitos el rigor absoluto de la ley con mucho de los que, mas por un extravío de su razón, que por la perversidad de corazón, alteran el orden público o se alzan en armas contra los poderosos del Estado. Por esto, el Gobierno podrá otorgar la conmutación de la pena de muerte y de las impuestas por delitos de rebelión y sedición en otras menos graves, sin necesidad de oír previamente al Tribunal sentenciador y al Consejo de Estado.

Es altamente necesario que el indulto, aún en los casos en que mas justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, y sin el cual se haría imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba de la misma mano que le impuso la pena, el beneficio del perdón que se le otorgue.

La naturaleza de la última pena y lo irreparable de sus efectos, además de lo ya indicado sobre ella, inspiraron al Ministro la excepción contenida en el último artículo del proyecto, que a la vez se halla en armonía con lo que sobre las causas de muerte se establece en el de casación criminal.

La pena de muerte no se impondrá sin que antes haya sido propuesto el indulto y el Gobierno haya tenido tiempo suficiente para resolver acerca de él.

He aquí las más capitales prescripciones que el proyecto contiene y los principales fundamentos en que descansan. Ahora falta que las Cortes Constituyentes, con la sabiduría que tanto resalta siempre en sus deliberaciones, lo purifiquen de los defectos de que sin duda adolece, imprimiendo hasta donde sea posible el sello de la perfección en el modesto trabajo que el Ministro tiene el honor de ofrecerles . » .

Por ello, sostengo que los Acuerdos del Consejo de Ministros de concesión de indultos deben exteriorizar la razón de la clemencia, lo que deberá realizarse de forma reforzada en aquellos supuestos -como en el supuesto enjuiciado en este recurso contencioso-administrativo-, en que la decisión gubernamental sea contradictoria con el juicio emitido por el Tribunal sentenciador.

A esta conclusión sobre la exigencia de motivación de los Acuerdos del Consejo de Ministros de concesión de indultos no es obstáculo la modificación de la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, debida a la Ley 1/1988, de 14 de enero, ya que la reforma del artículo 30 del mencionado texto legal, que significó la supresión de la expresión «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros» por «Real Decreto», sólo tenía como finalidad «adaptar terminológicamente el texto», como se desprende inequívocamente del análisis de las enmiendas presentadas en la tramitación parlamentaria (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 24 de septiembre de 1987).

CUARTO.- El control jurisdiccional de los Reales Decretos de concesión de indultos se circunscribe, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución y el artículo 2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 20 de febrero de 2013 (RCA 165/2011), al enjuiciamiento de los elementos reglados, lo que entendemos se extiende a la fiscalización del deber de motivación, en los términos expuestos, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley de 18 de junio de 1870 , estableciendo reglas para el ejercicio del cumplimiento de la gracia de indulto, y también, como se advierte con apreciable solidez jurídica en esta sentencia de 20 de noviembre de 2013, a examinar si el Gobierno ha incurrido en el proceso de decisión en un error material patente, en manifiesta irrazonabilidad lógica o en arbitrariedad.

Al respecto, debe señalarse que, en el voto particular que formulé a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005 (RCA 161/2004), ya expresé mi criterio sobre el carácter de acto político de los Acuerdos del Consejo de Ministros adoptados en el ejercicio de la prerrogativa de gracia, que son revisables por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que declarará su nulidad radical en aquellos supuestos en que aprecie que incurren en vicios sustanciales de procedimiento o cuando resulten contrarios al principio de interdicción de la arbitrariedad:

« [...] En efecto, debe subrayarse el significado esencialmente político y el carácter excepcional del acto de ejercicio del derecho de gracia conforme a nuestra tradición jurídico-constitucional, objeto de regulación en la Ley provisional de 18 de junio de 1870, aprobada al amparo del artículo 73 de la Constitución , y en cuya Exposición de Motivos, se pronuncia contra el uso generalizado de esta prerrogativa que produciría « efectos de una derogación transitoria de la ley penal » y contra el uso irreflexivo o abusivo en la concesión de indultos particulares, de modo que la regulación responde, para respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a una « necesidad fuertemente sentida por todos los hombres honrados, que exigen



con perfecto derecho que la garantía judicial de su honra, de su vida y de su fortuna, no pierda su eficacia por una compasión indiscreta y ya intolerable. » .

La Constitución española de 1978, si bien no se ha adherido a la tesis abolicionista plenaria de esta manifestación del derecho de gracia, que, por contradecir el principio democrático de separación de poderes, se acoge en el Código Penal, aprobado por la Asamblea Constituyente francesa de 25 de septiembre/6 de octubre de 1791, o a la corriente abolicionista parcial, que informa la Ley de las Cortes Constituyentes españolas de 9 de agosto de 1873, mantiene su carácter excepcional y limitado, al prohibirse la autorización de indultos generales, y su condición de acto eminentemente político, en cuanto que el ejercicio de esta prerrogativa regia supone la derogación con efectos retroactivos de la aplicación de la norma penal por los tribunales de justicia, que se justifica como un remedio en algunos casos extraordinario para procurar la convivencia social y tratar de responder a las necesidades de corrección de la Administración de Justicia.

La relevante extensión de la competencia jurisdiccional de los tribunales penales españoles para conocer de la persecución y sanción de los delitos relevantes para la comunidad internacional como los delitos de genocidio o terrorismo, que propugna la sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 27 de septiembre , en una interpretación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conciliable con el principio de jurisdicción universal y conforme al derecho a la tutela judicial efectiva, es exponente paradigmático de la esencialidad y trascendencia política que informa el ejercicio del derecho de gracia, que no puede integrarse en la noción de « despacho ordinario » , o en el concepto de « affaire courante » que constituye un principio jurídico que delimita las competencias del Gobierno en funciones, en el Derecho público francés.

Y debe, asimismo, enfatizarse la naturaleza política trascendente de entre las decisiones que corresponde al Gobierno adoptar ex artículo 97 de la Constitución , porque afecta al principio de división de poderes, que constituye la base axial del Estado democrático de Derecho, que se configura en el artículo 1 de la Constitución , y porque el ejercicio de esta prerrogativa de gracia, aún aplicado con carácter singular, al no deber obedecer a meras consideraciones subjetivas del órgano decisor, supone un desarrollo de las políticas de seguridad pública y una concreción de la política criminal, que puede condicionar y comprometer decisivamente la acción del futuro Gobierno, y por ello debe, necesariamente, someterse sin restricciones al control parlamentario, al tener limitada su fiscalización plenaria en sede jurisdiccional . » .

La noción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución , debe utilizarse por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de los Reales Decretos de concesión de indultos con las modulaciones y correcciones requeridas con el fin de cohonestar el núcleo decisorio que corresponde al Gobierno con la función jurisdiccional de anular los actos que contravengan la Constitución o las leyes, sin incurrir en el ejercicio de esta potestad en una inadecuada equiparación con el control de los actos discrecionales de la Administración pública.

En último término, debo manifestar que estas directrices relativas a la extensión del control jurisdiccional de los Reales Decretos de concesión de indultos que ejerce la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no desvirtúa la doctrina del Tribunal Constitucional formulada respecto de los límites sustanciales de control jurisdiccional de las decisiones del Gobierno en esta materia, «en cuanto dispone de un amplio margen de discrecionalidad» (Autos 360/1990, de 5 de octubre y 278/1997, de 16 de junio), integrada con las sentencias que interpretan el alcance de los artículos 24 y 106 de la Constitución , ni resultan disconformes con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa al control judicial de los actos del Gobierno, que se deriva del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , y que se concilia con la idea de preeminencia del Derecho en una sociedad democrática (SSTEDH de 21 de septiembre de 2004 , 2 de septiembre de 1997 y 27 de abril de 2004), ya que preservan la naturaleza esencial que caracteriza el ejercicio del derecho de gracia de acto discrecional, pero a la vez lo somete a límites, pues se proscriben la concesión de indultos que carezcan manifiestamente de justificación, que resulten arbitrarios o ilegales por no ser congruentes con el fin de justicia que inspira esta prerrogativa.

Madrid, a 20 de noviembre de 2013

Voto Particular

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES, QUE AL AMPARO DEL ART. 260 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL , FORMULA EL MAGISTRADO DON Luis María Díez-Picazo Giménez A LA SENTENCIA DE FECHA 20 DE NOVIEMBRE DE 2013, DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 13/2013.

Estando conforme con el fallo de la presente sentencia, los delicados problemas que suscita este asunto me inducen a formular voto particular, fijando con la debida exactitud cuál es mi posición.



I

Para enfocar adecuadamente el presente asunto, es conveniente comenzar haciendo dos consideraciones de alcance general sobre el indulto. La primera es que, contrariamente a lo que algunos piensan, el indulto no es una reliquia del pasado, un vestigio del antiguo poder absoluto del príncipe. Antes al contrario, el derecho de gracia, del que el indulto es una manifestación, sigue teniendo sentido en un moderno Estado democrático de derecho. Así lo demuestra que la mayor parte de los ordenamientos occidentales, aun con diferentes regulaciones, reconocen el derecho de gracia; y así lo demuestra, sobre todo, que el derecho de gracia constituye una especie de válvula de seguridad para hacer frente a posibles consecuencias indeseables de una aplicación estricta de la ley. Y entiéndase bien: cuando se afirma que el derecho de gracia sirve para moderar un posible rigor excesivo, no hay que pensar únicamente en aquellos casos en que razones de equidad o de justicia material aconsejan una reducción o un perdón de la pena impuesta. El derecho de gracia también puede cumplir una importante función en aquellos otros casos en que, sin que medien serias razones de equidad o de justicia material a favor del reo, otras consideraciones de interés general aconsejan la clemencia. Piénsese, por no poner más que ejemplos obvios, en la necesidad de asegurarse la colaboración de confidentes en organizaciones criminales, o la de suavizar conflictos en las relaciones internacionales. Esto quiere decir, aunque a algunas personas no les guste oírlo, que el derecho de gracia es un instrumento de la política y que, en cuanto tal, su ejercicio responde a valoraciones esencialmente políticas. Así, la configuración del indulto tradicionalmente hecha por la jurisprudencia de esta Sala es, en mi opinión, correcta y plenamente válida: se trata de una decisión puramente graciable - es decir, puede ser concedida o denegada de manera libérrima - y, por consiguiente, la jurisdicción contencioso-administrativa sólo se extiende a sus elementos reglados. Mis compañeros de Sala que han discrepado del parecer mayoritario tienen razón cuando insisten sobre este punto.

La otra consideración de alcance general es que, si bien la aún hoy vigente Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 atribuye materialmente la decisión de indultar -o de no hacerlo- al Consejo de Ministros, la Constitución no configura el derecho de gracia como una potestad gubernamental. Como hija de su tiempo, la Ley de Indulto refleja la concepción tradicional del derecho de gracia como algo de índole ejecutiva. Pero la Constitución no dice que el derecho de gracia deba corresponder necesaria e íntegramente al Poder Ejecutivo, esto es, al Gobierno. No hay que infravalorar que el derecho de gracia esté regulado no en el Título IV relativo al Gobierno, sino en el Título II relativo a la Corona. Ciertamente, cuando el apartado i) del art. 62 CE encomienda al Rey "ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales", nadie entiende que la decisión material de indultar o no indultar corresponda al monarca, pues ello resultaría incompatible con la idea misma de monarquía parlamentaria. Pero del mencionado precepto constitucional se desprenden dos relevantes consecuencias: por un lado, debe existir una regulación legal del derecho de gracia, de manera que el Gobierno no tendría una potestad de indultar si no existiese una ley reguladora de las formas y los límites a que debe ajustarse el indulto; y, por otro lado, la Constitución no sería obstáculo a una regulación legal del indulto notablemente distinta de la actual, en la que el papel del Gobierno en la decisión se viera más constreñido. Ni que decir tiene que la participación gubernamental en el ejercicio del derecho de gracia no podría nunca verse totalmente eliminada, ya que los actos del Rey han de ser refrendados y el refrendo, con arreglo al art. 64 CE, corresponde al Presidente del Gobierno o a los Ministros. Mas de aquí sólo se sigue que dentro de la Constitución no cabría un ejercicio del derecho de gracia al margen del Gobierno, no que la Constitución configure el derecho de gracia como un dominio reservado del Gobierno. Nada impediría, por ejemplo, que la ley exigiera la previa autorización parlamentaria para otorgar determinados indultos.

Esta última observación es sumamente importante en esta sede, porque sirve para enmarcar en sus justos términos la idea -por lo demás, tal como queda dicho, esencialmente correcta- de que el indulto es un "acto político": aun siendo un acto político, no pertenece al círculo de los actos que la Constitución diseña como esencialmente gubernamentales y, por tanto, los límites que la ley -o esta Sala, interpretando rectamente la ley- le imponga no pueden ser vistos como inaceptables intromisiones en la esfera constitucionalmente garantizada de atribuciones del Gobierno.

II

Una vez sentado lo anterior, es preciso abordar el reproche de falta de motivación que los recurrentes hacen al Real Decreto 1668/2012, pues los demás argumentos esgrimidos en este recurso contencioso-administrativo carecen, a mi modo de ver, de suficiente consistencia para justificar un fallo estimatorio.

Que en su redacción actualmente vigente la Ley de Indulto no establece un deber de motivar el otorgamiento o la denegación del indulto es algo difícilmente cuestionable. La Ley 1/1988, por la que se modificó parcialmente la Ley de Indulto, dispone en el apartado tercero de su artículo 3: "En el artículo 30, la palabra 'Gaceta' queda sustituida por 'Boletín Oficial del Estado', y las palabras 'Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros' por 'Real Decreto'". Ello significa que la Ley 1/1988 suprimió, de manera consciente y deliberada, la exigencia



de motivación de los reales decretos en materia de indulto que hasta entonces imponía el art. 30 de la Ley de Indulto. Algunos han sostenido con insistencia que la Exposición de Motivos de la Ley de Indulto, que hace referencia a la motivación, no fue modificada en 1988, por lo que el art. 30 de la misma debería ser interpretado a la luz de aquélla. Este modo de argumentar, sin embargo, no es convincente: cualquiera que sea el valor que se dé a los preámbulos para guiar la interpretación de las leyes, nunca pueden utilizarse aquéllos para mantener lo contrario de lo que éstas expresamente disponen en su articulado. Son los preámbulos los que están al servicio del articulado, no al revés; y ello por no mencionar cuán sorprendente resultaría leer un norma de 1988 con la lente de un texto explicativo redactado ciento dieciocho años antes.

Ahora bien, que la Ley de Indulto no establezca un deber general de motivación no significa que, al menos en determinadas circunstancias, un deber de motivar ciertos reales decretos en materia de indulto no pueda surgir de otras fuentes. Pienso particularmente en el art. 54.1.c) LRJ-PAC, a tenor del cual deben ser motivados los actos "que se separen (...) del dictamen de órganos consultivos". Está fuera de duda que esta norma es aplicable al Consejo de Ministros cuando la ley le exige recabar dictamen antes de adoptar cierta decisión. Pues bien, los arts. 23 y 24 de la Ley de Indulto establecen que las solicitudes de indulto habrán de ser informadas por el Tribunal sentenciador y por el Fiscal, así como por el Jefe del Establecimiento penitenciario correspondiente; lo que significa que dichos informes constituyen un trámite preceptivo en el procedimiento de indulto. Tal vez cupiera pensar que el Tribunal sentenciador y el Fiscal no son, en puridad, órganos consultivos y que los informes que emiten en cumplimiento de lo dispuesto por los citados arts. 23 y 24 de la Ley de Indulto no son propiamente dictámenes. Pero, incluso si ello se admitiera a efectos puramente argumentativos, no dejaría de ser cierto que se trata de órganos cuyo parecer debe ser tenido en cuenta a la hora de conceder o denegar el indulto; lo que implica que se está siempre dentro de la *ratio* del art. 54.1.c) LRJ-PAC y que de éste puede dimanar un deber de motivación en materia de indulto.

En el presente caso, los informes del Tribunal sentenciador y del Fiscal eran de signo negativo y el Real Decreto 1668/2012 no explica en absoluto por qué se separa del parecer de aquéllos. Todo lo que dice a este respecto es que "se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal". La conclusión es, así, que no se ha observado el deber de motivación impuesto por el art. 54.1.c) LRJ-PAC.

Dicho esto, es importante no quedarse en un razonamiento puramente formal. Es jurisprudencia clara y constante que la motivación no requiere una extensión o un formato predeterminados. Lo crucial es que del acto se desprendan las razones por las que ha sido adoptado. Pues bien, cuáles son las razones por las que se aprobó el Real Decreto 1668/2012 no sólo no se infieren del texto del mismo, sino que son difícilmente imaginables para un observador externo y desapasionado. La enorme desproporción entre la pena impuesta (trece años de prisión) y la pena por la que aquélla se conmuta (dos años de multa) impiden afirmar, al menos a primera vista, que hay atendibles razones de equidad o justicia material detrás de la gracia acordada. Más aún, en la sentencia condenatoria -por un delito de homicidio, en concurso ideal con otro de lesiones y dos faltas de lesiones y daños- se afirma expresamente, como hecho probado, lo siguiente: "No consta sin embargo que en el momento de ocurrir los hechos padeciera cualquier tipo de crisis que, durante el desarrollo de los hechos antes descritos, le hiciera conducir de forma automática, privado totalmente de conciencia y voluntariedad." Este hecho no puede ser válidamente puesto en duda, ni puede ser obviado a la hora de ejercer el derecho de gracia. Dadas las circunstancias del caso, además, no son imaginables razones ajenas a la equidad o la justicia material; es decir, no cabe pensar que el indulto haya sido concedido por consideraciones políticas de interés general. Todo ello quiere decir que el indulto otorgado por el Real Decreto 1668/2012 estaba particularmente necesitado de una explicación, que el Consejo de Ministros no ha dado.

Cuanto se acaba de exponer no queda enervado por el carácter graciable del indulto, con la consiguiente imposibilidad de someter el contenido del acto de otorgamiento o denegación de aquél a control jurisdiccional. La motivación es, sin duda, un elemento relevante a la hora de verificar en sede jurisdiccional si un acto se ajusta a derecho. Pero ésta no es su única función. La motivación está también al servicio de la transparencia; es decir, de la rendición de cuentas ante la opinión pública, incluso si la decisión a motivar no puede ser cuestionada ante los Tribunales. Ello no es sólo una exigencia del correcto funcionamiento de la democracia, sino que tratándose del ejercicio del derecho de gracia viene, además, impuesto por la propia Ley del Indulto: el art. 30 de ésta -precisamente el precepto donde se suprimió el inciso "Decreto motivado" en 1988- establece que los reales decretos de concesión de indulto se insertarán en el Boletín Oficial del Estado. No tratándose de disposiciones de carácter general, este deber de publicación sólo puede entenderse como un reconocimiento del legislador de que el acto de indultar no es algo que afecte únicamente al beneficiario -y, en su caso, a las personas perjudicadas por el delito-, sino que interesa a toda la sociedad.

No hay que olvidar, por lo demás, que esta Sala ha afirmado ya que la existencia de un deber de motivación no va necesariamente ligada a la posibilidad de control jurisdiccional sobre el contenido de los actos. En las conocidas sentencias de Pleno de 27 de noviembre de 2007 (rec. 407/2006) y 7 de febrero de 2011 (rec.



343/2009), se sentó la doctrina de que los nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial han de ser motivados aun cuando dicho órgano constitucional goza de libertad para elegir al candidato que estime más idóneo y, por ello, su decisión no sea materialmente susceptible de control jurisdiccional.

Para comprender plenamente el alcance del deber de motivación de los reales decretos en materia de indulto que se separen del parecer de los órganos que deben ser oídos (Tribunal sentenciador, Fiscal y Jefe del Establecimiento penitenciario), no es ocioso hacer una reflexión adicional. Los recurrentes alegan, junto a la falta de motivación, la arbitrariedad del acto impugnado. Esta alegación no puede ser acogida, siendo importante distinguir entre deber de motivación e interdicción de la arbitrariedad. Que la interdicción de la arbitrariedad, proclamada en el art. 9 CE, rige para todos los poderes públicos es algo que no puede ser seriamente puesto en duda; y, por tanto, también los "actos políticos" están sometidos a dicho principio. Ahora bien, estos actos -entre los cuales, como quedó dicho más arriba, se hallan el otorgamiento y la denegación del indulto- se caracterizan por ser susceptibles de control jurisdiccional únicamente en lo atinente a "los elementos reglados", tal como dispone el art. 2 LJCA. Ello significa que el remedio frente a la eventual arbitrariedad de un acto de esta índole no puede ser buscado en los Tribunales. Es más: la idea misma de arbitrariedad -es decir, de decisión mediante pura voluntad y sin sujeción a regla alguna- sería difícilmente aplicable, en términos de razonamiento jurídico, a los actos graciables; y ello porque graciable es precisamente lo que puede darse o negarse de manera libérrima. Así las cosas, el control social -que no jurídico- del derecho de gracia por parte de la opinión pública es especialmente necesario, para evitar un ejercicio excesivo o abusivo de aquél.

III

Llegados a este punto, es preciso examinar el sentido del fallo. La inobservancia del deber de motivación, en los términos ya expuestos, constituye un vicio de un elemento reglado y, por consiguiente, puede ser controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, en la medida en que en este caso, lejos de tratarse de una mera carencia formal, supone la ausencia de explicación de un acto particularmente necesitado de ella, la inobservancia del deber de motivación determina un fallo estimatorio.

No cabe ignorar, sin embargo, que la afirmación de que han de ser motivados los reales decretos en materia de indulto que separen del parecer de los órganos que deben ser oídos implica, sin sombra de duda, un giro o novedad en la jurisprudencia de esta Sala. Ésta venía sosteniendo desde hace tiempo que sólo el cumplimiento de los trámites y el respeto de los límites previstos en la Ley de Indulto podían ser objeto de impugnación en vía contencioso-administrativa, sin que los problemas relativos a la motivación hubieran merecido la atención jurisprudencial. Tan es así que ni siquiera con anterioridad a 1988, cuando se suprimió el inciso "Decreto motivado", existía una práctica de motivar digna de tal nombre. Esta sentencia supone, por todo ello, una innegable modificación jurisprudencial; algo que, siempre que se haga de manera razonada, es perfectamente legítimo. Conviene subrayar que el cambio -tal como se entiende en este voto particular- no afecta al criterio de fondo en que se apoya la jurisprudencia tradicional, a saber: que en materia de indulto sólo cabe el control jurisdiccional de los elementos reglados, sin que en ningún caso pueda examinarse la decisión misma de otorgar o denegar el indulto.

Frente a esto no cabría argüir que en realidad no hay ninguna modificación de la jurisprudencia tradicional, porque ésta había sido elaborada fundamentalmente mediante sentencias relativas a denegaciones de indulto, debiendo tenerse en cuenta que el otorgamiento del mismo es un supuesto distinto. La razón aducida para trazar esta distinción es que no existe un derecho al indulto. Pues bien, este argumento ha de rechazarse, no sólo porque en la comunidad de los juristas no existía conciencia alguna de esa pretendida diferencia, sino sobre todo porque tan graciable -o sea, tan libérrimo- es indultar como no indultar; y ello por no mencionar que, del mismo modo que no existe un derecho a ser indultado, tampoco existe un derecho a que otro no lo sea.

La verificación de que esta sentencia implica cierta modificación de la jurisprudencia es relevante por una razón que justamente han puesto de relieve mis compañeros de Sala discrepantes: la existencia de un deber de motivar el acto impugnado no era previsible en el momento en que aquél se aprobó. Ello significa que el vicio del acto impugnado no es consecuencia de ignorancia o negligencia por parte del Gobierno, ni de los servicios jurídicos y administrativos del mismo dependientes. De aquí que sea razonable demorar en el tiempo la eficacia del fallo estimatorio, dando un plazo al Gobierno para que otorgue un nuevo indulto en idénticos términos y con la debida motivación. Es verdad que esta medida resulta inusual, pero también lo es la situación a que ha de hacer frente y el art. 71.1.c) LJCA deja margen para ello.

Más importante aún, dadas las circunstancias del presente caso, es que la mencionada imprevisibilidad puede afectar al beneficiario del indulto y parte codemandada en el presente proceso, cuyo interés legítimo debe ser salvaguardado. Cualquiera que sea la valoración que a cada uno merezca el indulto aquí examinado, es lo cierto que, en el momento en que fue concedido, se ajustaba plenamente a lo exigido por la Ley de Indulto



y a la asentada jurisprudencia de esta Sala sobre los elementos reglados del derecho de gracia. Ello implica que, si la consecuencia del fallo estimatorio del Real Decreto 1668/2012 fuese simplemente dejar sin efecto el indulto concedido, esta sentencia se expondría a ser tachada de desviarse del sistema de fuentes establecido. De aquí que, también desde este otro punto de vista, esté justificado diferir la eficacia del fallo estimatorio y dar un plazo al Gobierno para que acuerde un nuevo indulto con la pertinente motivación.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formulan, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Magistrados Excmos. Srs. Carlos Lesmes Serrano, al que se adhieren Ricardo Enriquez Sancho, Pedro Jose Yague Gil, Manuel Campos Sanchez-Bordona, Jose Diaz Delgado, Wenceslao Francisco Olea Godoy, Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo, Diego Cordoba Castroverde, Vicente Conde Martin de Hijas y Manuel Martin Timon en relación con la Sentencia de la Sala de fecha 20 de noviembre de 2013, recaída en el recurso contencioso administrativo número 13/2013.

Debemos expresar por lo que a continuación exponremos nuestra respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria del Pleno de la Sala, que considera que el Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, aprobado por el Consejo de Ministros en su sesión de 7 de diciembre de 2012, por el que se indulta a don Ezequias, no es conforme a Derecho.

PRIMERO.- Consideraciones previas.

Ninguna duda suscitó a los Magistrados de la Sala que el indulto particular -denominado derecho de gracia por la propia Constitución (art. 62.i)- es un acto del Gobierno que se exterioriza por un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, firmado por el Rey, con el refrendo del Ministro de Justicia y constituye una categoría de acto distinta del acto administrativo, lo que significa que el Gobierno actúa en este caso como órgano político *stricto sensu*, y no como cabeza de la Administración.

Tampoco existió discrepancia entre nosotros en que, pese a esa distinta naturaleza, los indultos deben concederse con arreglo a la ley, sin que el Gobierno pueda actuar *a legibus solutus*, con un poder ajurídico, pues debe hacerlo siempre *con arreglo a la ley* como manda la Constitución. De suerte que si se produce un desajuste o disconformidad con el marco taxativamente establecido en la Ley, se incurre en infracción del ordenamiento jurídico, al no admitir nuestra Constitución poderes inmunes al Derecho (art. 9.1 CE), siendo el marco jurídico de referencia la propia Constitución (arts. 62.i, 64, 102.3 y 87.3) y fundamentalmente la Ley Provisional de 18 de junio de 1870 que establece reglas para el ejercicio del derecho de la gracia de indulto, norma que fue modificada parcialmente por la Ley 1/1988, de 14 de enero.

Nuestro tercer punto de encuentro incide en la norma de enjuiciamiento. Corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, concretamente a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, conocer las cuestiones que se susciten en relación con la concesión o denegación de los indultos particulares por parte del Gobierno, en el bien entendido de que al tratarse de actos no propiamente administrativos sino actos emanados del Gobierno como órgano constitucional o si se prefiere de actos políticos del Gobierno su enjuiciamiento debe realizarse dentro de los límites contemplados en el art. 2.a) de nuestra Ley Reguladora, norma a la que remite el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, del Gobierno.

La discrepancia surge, y así se puso de manifiesto en el Pleno, en la concreción de la extensión y límites de nuestra Jurisdicción en casos como el examinado, atendido precisamente ese marco de enjuiciamiento que nos proporciona el art. 2.a) de nuestra Ley Reguladora.

SEGUNDO.- La jurisprudencia anterior a esta sentencia, su justificación y resultado al que conduce para la resolución de este pleito.

Nuestra jurisprudencia (por todas nuestra sentencia de 20 de febrero de 2013, Rec. 165 / 2012) ha venido sosteniendo que los indultos son susceptibles de control jurisdiccional sólo en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Ley, es decir a través de los denominados elementos reglados según se expresa en el art. 2.a) de la LJCA. Ello es así porque el ejercicio de la prerrogativa de gracia es de configuración legal en cuanto al procedimiento a seguir para su concesión o denegación así como respecto de la propia extensión del perdón, sin que sea admisible una fiscalización *in integrum* y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución, según ha señalado el propio Tribunal Constitucional al indicar que la decisión (conceder o no conceder) no es fiscalizable sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional (ATC 360/1990, FJ 5), al pertenecer esta prerrogativa a la categoría de los actos graciabiles cuya concesión o denegación es libérrima para el poder público titular de la misma.



Basta examinar someramente la Ley de Indulto para comprobar que se residencian en ella numerosos mandatos dirigidos al Gobierno a los que éste debe atenerse: El art. 2 establece los supuestos en que no puede concederse ; el art. 5 obliga a mencionar expresamente la pena principal sobre la que recaiga ; el art. 6 declara la imposibilidad de extender la gracia a la indemnización civil y el art. 9 a las costas procesales; el art. 23 impone la necesidad de informe del Tribunal sentenciador; el art. 24 obliga a que se aporte al expediente informe sobre la conducta del penado del Jefe del Establecimiento donde se hallare cumpliendo condena, así como del Fiscal y de la parte ofendida; y el art. 30 establece que la concesión debe hacerse por Real Decreto, que se insertará en el Boletín Oficial del Estado.

Se trata en todos los casos de elementos reglados, unos de naturaleza procedimental y otros de extensión de la gracia, incardinables todos ellos en el art. 2.a) de la LJCA . Respecto de ellos puede esta Sala examinar su concurrencia cuando se someta a su enjuiciamiento el ejercicio del perdón realizado por el Gobierno, pues estamos en presencia de lo que nosotros mismos hemos definido como conceptos judicialmente asequibles, entendidos como reglas y requisitos objetivos de obligatoria observancia que permiten una justiciabilidad parcial de aquellos actos del Gobierno en los que éste no ejerce una función administrativa, como singularmente ocurre en los casos de ejercicio del derecho de gracia.

En este pleito los recurrentes han planteado la existencia de infracciones procedimentales (falsedad del informe de conducta, art. 24 LI) y de extensión de la gracia en las conmutaciones parciales, como la aquí existente (imposibilidad de conmutar pena de prisión en multa sin informe favorable del Tribunal, art. 12), infracciones que la sentencia examina y rechaza acertadamente.

Junto a ellas, la parte invoca otras infracciones, como la desviación de poder o la falta de motivación, que hasta ahora nuestra jurisprudencia venía situando extramuros de los elementos reglados contenidos en la Ley de Indulto y por tanto ajenos a nuestro canon de enjuiciamiento de los actos graciables.

Así, en relación con la desviación de poder, nuestra sentencia de 20 de febrero de 2013 , Rec. 165 / 2012, ya señaló que la prerrogativa de indulto, a diferencia de las potestades administrativas, no es un poder fiduciario cuyo único fin legítimo sea satisfacer un interés público legalmente predeterminado, de manera que no era posible utilizar como técnica de control la desviación de poder, razón por la que esta alegación debe rechazarse.

Tampoco la motivación del Acuerdo de indulto constituye un elemento reglado pues basta señalar que la reforma operada en la Ley de Indulto por la Ley 1/1988, de 14 de enero, suprimió su necesidad, y nuestra jurisprudencia constante y reiterada ha venido considerando que al ser el indulto un acto de naturaleza graciable y no administrativa, no le son aplicables los requisitos que para los actos administrativos establece la Ley 30/1992, particularmente la necesidad de motivación.

La razón de estas exclusiones puede encontrar su justificación en la propia naturaleza de la prerrogativa de gracia y sus diferencias con las potestades administrativas de naturaleza discrecional, aunque nada impediría al legislador *de lege ferenda* establecer el deber de motivación como un elemento añadido de control.

Como sabemos, toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin fijado por el Ordenamiento Jurídico, expresa o tácitamente, de manera que el ejercicio de las potestades que se atribuyen a la Administración para conseguirlo deben estar siempre orientadas hacia esa meta, incurriendo en desviación de poder cuando el ejercicio de la potestad persigue un fin distinto. Por eso hemos sostenido en la sentencia de 20 de febrero de 2013 que las potestades administrativas son un poder fiduciario, pues la Ley *confía* en la Administración para que ésta cumpla los fines definidos por aquélla para satisfacer los intereses generales y a ese efecto la norma atribuye la potestad, constituyendo vicio de estricta legalidad (elemento reglado) apartarse de lo ordenado.

No ocurre esto con la prerrogativa de indulto que la Constitución atribuye al Rey y que ejerce materialmente el Gobierno, pues ni la Constitución ni la Ley fijan las metas a las que debe estar orientado el ejercicio del perdón, que es libérrimo, sin que se pueda considerar en ningún caso su concesión o denegación como un acto debido.

Por otra parte, la exigencia de la motivación respecto de la Administración deriva de que se trata de un poder fiduciario, un poder delegado no creativo, que debe justificar sus decisiones para que se pueda comprobar, a través de esa justificación, cómo se ha ajustado a la habilitación, al mandato, a la fiducia conferida por la Ley, correspondiendo a los Tribunales contencioso- administrativos esa fiscalización, lo que no ocurre con el indulto donde el Gobierno no actúa con un poder delegado de la Ley en cuanto a sus fines.

Estas alegaciones debieron por tanto rechazarse.

Finalmente, la invocación que realiza la parte del principio de interdicción de la arbitrariedad vinculado a la falta de motivación no es correcta, pues ni la falta de motivación formal es de suyo determinante de la arbitrariedad,



ni su concurrencia la excluye pues ni un acto motivado, por este simple hecho, deja de ser arbitrario, ni un acto sin motivación tiene que incurrir en ese vicio. Nos referiremos más adelante a esta cuestión al constituir, en cierto modo, la *ratio decidendi* de la sentencia.

La demanda terminaba cuestionando la constitucionalidad del propio indulto, aunque con muy somera argumentación. Nada dice la sentencia sobre este asunto, aunque es evidente que lo propuesto debe rechazarse pues la prerrogativa encuentra su amparo en la propia Constitución, sin que de ésta se deduzca, ni expresa ni tácitamente, ningún deber de motivación del perdón.

Lo expuesto hasta ahora debió conducir a la desestimación íntegra del recurso.

TERCERO.- *La argumentación de la sentencia del Pleno de la que se discrepa.*

La sentencia del Pleno, tras sostener que el Acuerdo de concesión de un indulto no debe contener una motivación en el sentido técnico exigido por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, afirma que dicho Acuerdo debe explicitar las razones de "justicia, equidad o utilidad pública" que justifican su concesión. Tales razones no solo han de ser explicadas en el Acuerdo de concesión del indulto sino también han de poder ser deducidas de lo actuado en el expediente. Por lo que respecta al control jurisdiccional y su alcance, la sentencia del Pleno sostiene que dicho control no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar) pero debe abarcar, sin embargo, el control de arbitrariedad en su concesión. Control que se extendería a determinar si concurren las razones de justicia, equidad o utilidad pública utilizadas para concederlo, aunque sin posibilidad de discutirlos o cuestionarlos. Como literalmente se afirma en la sentencia "Se trata, pues, de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo del indulto cuenta con soporte fáctico suficiente -cuyo contenido no podemos revisar-, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica". Las razones han de ser explicadas y deducidas de lo actuado en el expediente, pero una vez verificada la realidad de los hechos, no se pueden revisar, tan solo es posible valorar si la decisión adoptada guarda "coherencia lógica" con los datos existentes en el expediente.-

Aplicando estos criterios, se decide anular el Real Decreto de Indulto por esa falta de explicaciones, señalando un plazo de tres meses para la ejecución del fallo.

CUARTO.- *Las contradicciones de la sentencia del Pleno.*

A nuestro juicio, el razonamiento de la sentencia incurre en varias contradicciones que lo invalidan.

Se comienza afirmando en el fundamento sexto que la prerrogativa de gracia no tiene, ni cuenta con la naturaleza de acto administrativo y que, pese a esta consideración, tiene como núcleo esencial y *ratio essendi* su carácter discrecional, residiendo en esa discrecionalidad precisamente el núcleo de la gracia como acto no debido.

Sentado lo anterior y situados en ese ámbito de la discrecionalidad, se sostiene que no hay ninguna diferencia desde la perspectiva del control jurisdiccional entre los actos administrativos discrecionales y los actos de ejercicio de la prerrogativa de gracia, pues en ambos casos la fiscalización se realiza fundamentalmente mediante el control de los elementos reglados. Pese a ello, al ser de distinta naturaleza el indulto y los actos administrativos, debe excluirse del control del Decreto impugnado desde la perspectiva de la desviación de poder.

Finaliza el fundamento sexto diciendo:

"Ni el ejercicio del derecho de gracia es una actuación administrativa, ni, en consecuencia, su materialización mediante el indulto supone el ejercicio de potestades administrativas, en los términos que hemos expuesto; por ello, la técnica de control a través de la desviación de poder no puede ser invocada -como pretenden los recurrentes- ya que su ámbito se circunscribe a la citada actuación administrativa, para poder comprobar, a través de la misma, si la finalidad con la que ha sido ejercida una potestad administrativa coincide con la atribuida por la Ley".

No podemos dejar de estar de acuerdo con gran parte de lo afirmado, que coincide con lo que hemos señalado en nuestro segundo fundamento, salvo en una cosa: la desviación de poder es una técnica de control de un elemento reglado, el del fin establecido en la norma que atribuye la potestad. Lo hemos explicado anteriormente. Por tanto, si desde la perspectiva del control jurisdiccional de los elementos reglados no hay diferencia entre el acto administrativo discrecional y el acto de ejercicio de la prerrogativa de gracia, según se afirma en la sentencia, no debería haber ninguna razón para excluir la desviación de poder como técnica de control de esta última.



La realidad es distinta de la que se nos presenta. No hay tal identidad entre la técnica de control por elemento reglado del acto administrativo discrecional y del acto graciable, pues la potestad administrativa discrecional es sustantivamente diferente de la prerrogativa de indulto y esa diferencia se extiende a sus técnicas de control. Con el ejercicio de la potestad administrativa discrecional la Administración, aún cuando tenga un margen de estimación subjetiva en alguno de sus elementos, debe perseguir siempre satisfacer una finalidad pública establecida en la Ley, circunstancia que no se da en el acto graciable. Admitir lo contrario -que con el indulto se persiguen determinados fines públicos que con carácter general se establecen en la ley- sería tanto como admitir un apoderamiento general del Ejecutivo para corregir las decisiones del Poder Judicial, lo que es constitucionalmente inadmisibile. Precisamente por eso la desviación de poder es técnica de control del acto discrecional y no lo es del indulto, como la propia sentencia reconoce.

Incorre, por tanto, la sentencia en esta primera contradicción, al igualar, desde la perspectiva de control de los elementos reglados, el acto administrativo discrecional y el acto de ejercicio de la prerrogativa de gracia, para, inmediatamente, excluir como elemento reglado de control de la prerrogativa es la desviación de poder, por la imposibilidad de ser aplicado.

La segunda contradicción tiene que ver con la motivación y lo que la sentencia denomina *la especificación y el conocimiento de las razones de justicia, equidad o utilidad pública, especificación a la que ha de llegarse con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir*.

La sentencia enfatiza que, según la doctrina general de nuestra jurisprudencia, el control jurisdiccional no puede extenderse a los defectos de motivación del indulto por cuanto, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 1/1998, de 14 de enero, dicha exigencia de motivación desapareció de la Ley de Indulto. Sin embargo, inmediatamente, recuerda el contenido del Preámbulo de la Ley de Indulto, lógicamente referido al texto originario de la Ley, en el que se indica que *"para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quién habrá de tomar la última resolución en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional"*.

A partir de aquí, señala que la especificación de las *"razones de justicia, equidad o utilidad pública"* (*legalmente exigibles*), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente asequible, por el que debe transitarse con los instrumentos de la lógica jurídica. Estas razones, se dice, deben estar en el Acuerdo de concesión y han de ser deducidas de lo actuado en el expediente, para, una vez verificada la realidad de tales hechos, aceptarlos sin posibilidad de revisión.

Tampoco estamos de acuerdo con esta argumentación, pues parte de una diferenciación entre el deber de motivar (no exigible) y el deber de especificar razones (exigible y fundamento de la nulidad del indulto) que es meramente nominal.

La segunda acepción del verbo motivar que contiene el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es *"Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo"*. No se entiende muy bien cuál es la diferencia entre la motivación del Decreto de indulto -no exigible tras la reforma de la Ley 1/1988, como reconoce toda la doctrina autorizada y la propia sentencia- y *la especificación de las razones de justicia, equidad o utilidad pública* que deben constar en el Acuerdo de concesión.

He aquí la principal paradoja del criterio de la mayoría reflejado en la sentencia pues, por un lado, se ratifica nuestra jurisprudencia de que el control jurisdiccional no puede extenderse a los defectos de motivación del indulto -cuya vigencia no niega ni contradice-, para, a continuación, introducir un elemento reglado de control que consiste en la exigencia de *especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública* que justifican el indulto, con el único fundamento de esto último de las palabras de un Preámbulo (el original de la Ley de Indulto de 1870) referido al texto del art. 30 cuyo contenido fue derogado por la Ley 1/1998 de manera consciente y deliberada, dando a entender con este razonamiento que los preámbulos de las leyes sirven para resucitar normas derogadas con posterioridad, en este caso 118 años después de que dicho Preámbulo fuera aprobado.

Por tanto, el elemento reglado, o si se prefiere el concepto judicialmente asequible, consistente en *especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública* del que habla la sentencia no está en la Ley, ni puede inferirse tampoco del Preámbulo pues éste está referido a una norma derogada.

Además, no es posible afirmar, como se hace en la sentencia, que no existe ningún elemento en el expediente en el que sustentar la decisión adoptada, como tampoco se puede sostener que el Gobierno no diera ningún tipo de explicación sobre las razones que le llevaron a concederlo. La sentencia, en este sentido, contiene un silencio clamoroso: en el expediente de indulto consta un amplio informe del Centro Penitenciario donde estaba cumpliendo condena don Ezequias y en él se incluyen detalladas razones de carácter penitenciario, integración y buena conducta personal y social que apoyaban, a juicio de la Junta de Tratamiento y del



Educador del Centro, la concesión del indulto. De modo que si, tal y como afirma la sentencia, una vez identificadas estas razones no es posible revisarlas salvo que se haya incurrido en un error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, la sentencia no debería haber anulado el indulto salvo que se considerase que las explicaciones aportadas en el expediente y en sede parlamentaria por el órgano político impulsor del indulto eran ilógicas o arbitrarias, sin que este aspecto concreto se haya razonado o examinado mínimamente en la sentencia.

En resumen, no se puede anular un indulto alegando falta de "explicaciones" habiendo omitido previamente toda referencia a las que constan en el expediente y a las realizadas en sede parlamentaria.

QUINTO.- *La arbitrariedad como técnica de control del indulto.*

La sentencia del Pleno afirma que la arbitrariedad puede utilizarse, y de hecho así lo hace, como una técnica jurisdiccional de control del indulto. Esta afirmación es cuando menos cuestionable.

En nuestro sistema jurídico-político es preciso encontrar un equilibrio prudente entre lo que puede y no puede controlar el Juez, inserto en nuestra realidad constitucional para no caer en la concepción utópica de que el Juez tiene el poder de ejercer un control ilimitado sobre el contenido de todas las decisiones que adoptan los demás poderes constitucionales. En un acto graciable como es el indulto, la decisión de concederlo o no y las razones por las que se concede, forman parte de su núcleo esencial y se sitúan extramuros del Derecho. El Derecho ya fue aplicado por los Tribunales y el Ejecutivo no puede revisar - desde la perspectiva estricta del ordenamiento jurídico- esa aplicación a través del instituto del perdón. Las razones del indulto nunca pueden ser *jurídicas*, es decir basadas en posibles contravenciones del ordenamiento jurídico, pues admitirlo así sería tanto como reconocer al Gobierno el poder de revisar sentencias judiciales desde el Derecho, lo que ya hemos dicho que resulta constitucionalmente inadmisibile. Por esto podemos afirmar que el núcleo esencial del derecho de gracia (concesión o no concesión y razones por las que se hace), no está sujeto a ningún tipo de elemento reglado de los que se refiere el art. 2.a) de nuestra Ley Reguladora, sino a otras consideraciones ajenas al Derecho.

Esas razones pueden ser muy variadas y no siempre exteriorizables, pues pueden estar relacionadas con la seguridad pública, política criminal, relaciones internacionales, e incluso para resolver graves problemas políticos que pueden afectar a la convivencia nacional. Razones que no siempre es posible explicitar detalladamente en un expediente administrativo y mucho menos ser sometidas a un control judicial.

El control jurisdiccional se extenderá, sin duda, a los elementos reglados, tal y como se viene haciendo. Pero control de las razones de fondo que llevan a conceder un indulto, aunque sea desde la perspectiva de la arbitrariedad, obliga a un escrutinio, aún superficial y limitado, del fondo de la decisión, lo que pugna con la naturaleza misma del acto graciable, cuya concesión o denegación es libérrima como la propia sentencia reconoce. Hacer el control de razonabilidad que propugna la sentencia supone adentrarse en un juicio basado en la estimación subjetiva judicial y abandona el canon de enjuiciamiento que se sustenta en criterios legales objetivos

Surge así una gran cuestión que subyace en todo este asunto: ¿Podemos los Jueces ejercer un control sobre la razonabilidad de una decisión política basándonos en criterios extrajurídicos?

A nuestro juicio, ese control no es posible sin invadir el espacio reservado por la Constitución y el legislador a otro poder del Estado. Supone sustituir el juicio del poder político encargado de apreciar la conveniencia de concederlo, o no, por la decisión judicial. La anulación de un indulto por entender que no están justificadas suficientemente razones de utilidad pública o conveniencia social, lo es. Y por ello el Tribunal Constitucional en el ATC de 5 de octubre de 1990 (rec. 1767/1990) ya advirtió tajantemente 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".

El respeto y la salvaguarda del principio de división de poderes supone aceptar una serie de limitaciones al acto judicial de control consistentes en atender a la función constitucional que a cada poder le incumbe. La previsión constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y el derecho a obtener una tutela judicial efectiva (art. 24 CE) no excluye que existan actos de los órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente.

El acto político es "una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a los órganos constitucionales superiores que ejercen la función política, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho". Existirá, sin duda, un control social y político



(parlamentario) de estos actos políticos, pero el control judicial sólo puede fundarse en infracciones del ordenamiento jurídico, no en criterios extrajurídicos pues de hacerlo así incurrirá en exceso de poder, o dicho en términos más técnicos, en exceso de jurisdicción.

A diferencia de los otros poderes del Estado, que gozan de ámbitos de poder metajurídicos, como son singularmente las decisiones de iniciativa política (y el indulto lo es) sometidos a control social y político, como en este caso ocurrió con la comparecencia parlamentaria del Ministro de Justicia ante el Congreso y sus explicaciones ante la opinión pública, que son los mecanismos propios de control político. El poder de los Jueces, sin embargo, es un poder estrictamente jurídico pues sus decisiones han de estar fundadas siempre en la Constitución y en la Ley. Sólo de esa manera será un poder democrático, sin poder invadir el espacio reservado a la decisión política, aunque ésta no les guste o venga precedida o provoque una gran alarma social.

Si los Jueces asumen ese control social y político que no les corresponde, incurren en excesos de muy difícil corrección, pues sus decisiones solo están sometidas a revisión por los recursos pertinentes y hay decisiones frente a las que no cabe recurso alguno. En nuestro caso (TS) sólo el amparo constitucional podría corregir el exceso, cuando excepcionalmente proceda.

SEXTO.- *La sentencia del Pleno incurre en exceso de jurisdicción.*

De lo hasta ahora expuesto se deduce que la sentencia, de la que respetuosamente discrepamos, incurre en exceso de jurisdicción. Ello es así porque con nuestra decisión se sobrepasan los límites establecidos en la Ley Reguladora para el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativo respecto de los actos del Gobierno, a los que se refiere el art. 2.a).

Sostenemos esta conclusión porque la sentencia, como mecanismo de control del acto que se juzga -el indulto a don Ezequias -, ha introducido un elemento reglado de creación jurisprudencial que la Ley no contempla, como es el deber de motivar los indultos. Y lo hace a través de la técnica artificiosa de llamarlo de otra manera -*especificar las razones*- cuando motivar y especificar razones es exactamente lo mismo. Obviando de este modo que existe una norma positivizada que contiene un mandato en sentido contrario, ya que ninguna duda se nos ofrece de que el Parlamento, sede de la soberanía nacional, a través de la Ley 1/1988, de 14 de enero, que reformó parcialmente la de Indulto de 1870, expresó su voluntad de que los Reales Decretos de indulto no tienen que estar motivados. Y la sentencia utiliza además como recurso añadido para dar fuerza al argumento basado en la transformación de las palabras, el contenido de la exposición de motivos que proporcionó justificación al texto original de la Ley de Indulto, cuando resulta evidente que ese texto original, que obligaba a motivar los Decretos de indulto, fue expresamente derogado 118 años después, sin que los preámbulos de las leyes puedan servir, como ya se ha dicho, para resucitar las normas expresamente derogadas.

Hemos de reiterar que la exigencia de motivar o, si se prefiere, *especificar las razones*, entendida como elemento reglado de control del indulto, es cosa distinta de que al Gobierno, como órgano constitucional del Estado, le sea exigible, en cuanto garantía de control democrático por parte del electorado la expresión pública o justificación de determinados actos eminentemente políticos, como puede ser una determinada forma de ejercicio de la prerrogativa de gracia. Esa explicación, o motivación, o cualquiera que sea su denominación, no está al servicio del control judicial desde el Derecho, único control que nos está permitido a los Jueces, a diferencia de lo que ocurre respecto de las motivaciones de los actos administrativos. Las explicaciones políticas están al servicio del principio democrático que nuestra Constitución establece (art. 1.1 CE), pero no del control judicial y, por tanto, de esta manera se imponen como exigencia del Estado democrático, pero vistos desde nuestra perspectiva, como Jueces, se sitúan extramuros de nuestras posibilidades de control.

Todo ello nos lleva a reiterar que hemos introducido, por vía judicial y al objeto de controlar el ejercicio de la prerrogativa de gracia realizado por el Gobierno en este caso concreto, una regla que no está en el ordenamiento jurídico y que pertenece a otros ámbitos que no nos competen, y así, de esta manera, hemos tratado de salvar los límites de nuestras posibilidades de control, límites que están escritos en el art. 2.a) de la Ley de la Jurisdicción .

Esta es nuestra principal discrepancia con la sentencia.

SÉPTIMO.- *El exceso de jurisdicción y su eventual incidencia en determinados derechos del indultado.*

Hay en este asunto otra cuestión que no puede ser obviada y que nos limitaremos a reseñar brevemente. Se trata de la posible afectación por nuestra sentencia de determinados derechos del indultado, quien, por muy grave que fuera su delito, también está amparado por el ordenamiento jurídico y por los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce, interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art.10.2), singularmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos .



Esta cuestión fue abordada en el Pleno, aunque no ha merecido atención alguna en la sentencia.

Don Ezequias obtuvo mediante el Real Decreto anulado por la sentencia la gracia de indulto, consistente en la conmutación parcial de la pena que le había sido impuesta por la Audiencia Provincial de Valencia. Tuvo como consecuencia el perdón la obtención de la libertad personal, situación en la que ahora se encuentra, hasta que se proceda a ejecutar esta sentencia, que tendrá como consecuencia previsible el reingreso en prisión.

Mediante el indulto se extingue total o parcialmente la responsabilidad penal. Así lo dice el Código Penal en su artículo 130.1.4º.

Hemos venido razonando con detalle hasta ahora lo que indicaba nuestra jurisprudencia sobre la no necesidad de motivar los indultos después de la reforma legal operada en la Ley de Indulto por la Ley 1/1998. Lo habíamos afirmado tanto en los supuestos de denegación de indulto como en los de concesión.

Lógicamente todos los Gobiernos, desde el año 1988, concededores de la Ley y de nuestra jurisprudencia, no expresaban razones, no motivaban los indultos. Actuaban confiados en su recto proceder.

Ahora, con esta sentencia de la que discrepamos hemos decidido anular un indulto, el concedido a don Ezequias, porque el Gobierno no ha especificado *las razones de justicia, equidad o utilidad pública* que le llevaron a su concesión. Es cuando menos un criterio nuevo y supone sin duda un cambio jurisprudencial sustantivo que va a determinar con un alto grado de probabilidad el ingreso en prisión de quien hoy está libre.

Aunque un cambio de jurisprudencia no es propiamente un cambio normativo, si se debe ser especialmente cauteloso cuando puede afectar en el caso que se juzga a determinados derechos del justiciable como aquí acontece. Precisamente, el singular fallo de esta sentencia, al que luego nos referiremos, pretende mitigar algunos de los inconvenientes que se derivan del nuevo criterio en este asunto concreto.

Una segunda consideración es necesario hacer. El art. 25.2 de la Constitución señala que *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los penados. Se contiene aquí una indicación, fundamentalmente dirigida al legislador, pero también al aplicador del Derecho al contener un principio orientativo, que debió ser valorado de alguna manera, y no lo ha sido, en el enjuiciamiento de nuestro caso por las razones que ahora veremos.*

El indulto es, entre otras cosas, instrumento de la política criminal del Gobierno y puede y debe ser utilizado para que se cumpla la finalidad de las penas a que se refiere el art. 25.2 de la Constitución. En el asunto que hemos juzgado la propia Audiencia Provincial de Valencia admitió la existencia de dilaciones indebidas en el enjuiciamiento de don Ezequias, apreciando incluso una atenuante de su responsabilidad por ese motivo, pues habían transcurrido varios años desde que se produjeron los hechos criminales y el momento en que fue juzgado. En todo ese tiempo no consta que cometiera ningún tipo de infracción el hoy indultado, desarrollando su vida familiar y profesional con normalidad, incluso de forma ejemplar, como se recoge en el expediente. Esa dilación, no imputable al reo, puede perjudicar los fines de la pena pues quien cometió un crimen mucho tiempo atrás y es juzgado e ingresado en prisión años después tras una vida de normalidad puede ver perjudicadas sus posibilidades de integración y socialización.

Además, en el único informe razonado que aparece en el expediente, que es el del Centro Penitenciario, se propugna la concesión del indulto por considerarlo adecuado y conveniente para la reinserción social del penado y en los mismos términos se pronunció el educador social.

La sentencia refiere, como fundamento de la falta de explicaciones del indulto, el informe del Ministerio Fiscal y del Tribunal sentenciador, que fueron contrarios a su concesión mediante la utilización de meras fórmulas rituarías que se limitaban a expresar sin razonamiento alguno su oposición, sin que, sin embargo, se haga referencia a lo que acabamos de referir que hubiera permitido encontrar algunas de las razones que se demandan como justificativas del indulto.

Incluso el propio recurrente en su demanda, cuando habla del control de la actuación de los poderes públicos desde el principio de interdicción de la arbitrariedad, exige que se efectúe un test de racionalidad que debe dar lugar, entre otras cosas, a tomar en consideración *todos* los factores jurídicamente relevantes, y aquí, como acabamos de ver, hay determinados factores jurídicamente relevantes que no han sido tenidos en cuenta.

Cuanto acabamos de exponer hubiera obligado, al menos, a un examen de la cuestión diferente de la que se ha hecho finalmente en la sentencia.

OCTAVO.- *Los posibles efectos lesivos de los derechos del indultado difícilmente se pueden corregir con el fallo de esta sentencia.*

Nuestra discrepancia se extiende también al contenido del fallo de la sentencia de la mayoría, cuyo alcance no se comprende bien. Parece estar dirigido a evitar los efectos adversos para los derechos del indultado



que anunciábamos en el anterior fundamento, aunque este propósito difícilmente se consigue, como ahora veremos.

Aunque el pronunciamiento acordado en el voto mayoritario permite entender que el indulto queda anulado, lo cierto es que lo supedita a los "términos expresados en el último párrafo del Fundamento jurídico séptimo de la presente sentencia". Pero este último párrafo del fundamento se limita a reproducir literalmente parte del texto de la STS (Pleno) de 2 de octubre de 2005, Rec. 161/2004, en el que se refiere a la exposición de motivos de la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, exposición que destaca la importancia de que la decisión del Consejo de Ministros debe estar motivada, motivación que deberá contemplar, especialmente, las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, de la equidad y de la conveniencia social.

Por otra parte, en el punto tercero de la parte dispositiva se añade: "se señala un plazo de tres meses para la ejecución del fallo de la presente sentencia". Previsión ésta que hay que poner en relación con lo acordado en los fundamentos jurídicos noveno, último párrafo, y décimo de la sentencia. En el primero se afirma que todo lo razonado anteriormente lleva al Tribunal a la anulación del Real Decreto impugnado "con devolución del mismo al órgano de procedencia, para que, en su caso y si a bien lo tiene, su decisión de indultar -que no podemos revisar- sea adoptada en los términos expresados en el texto de la presente sentencia"; y en el fundamento décimo se señala el plazo de tres meses para la ejecución del fallo, a partir del acuse de recibo de su recepción por la Administración, invocando los artículos 104.1 y 2 de la LJ en relación con el artículo 71.1.c) de este mismo texto legal.

La anulación del Real Decreto impugnado con remisión al último párrafo del fundamento jurídico séptimo no contribuye a aclarar el alcance del pronunciamiento. Parece desprenderse, de esta remisión y del conjunto de la fundamentación jurídica de la sentencia, que la anulación se basa en la falta de la necesaria motivación que debería contener el citado Real Decreto, expresando las razones de "justicia, equidad y conveniencia social" para concederlo, conclusión que parece reforzarse por la concesión de un plazo al Gobierno de tres meses para que explique "si a bien lo tiene, su decisión de indultar- que no podemos revisar".

La primera duda que surge es si el Real Decreto impugnado queda anulado desde el momento de la notificación de la sentencia o si, por el contrario, dicho procedimiento anulador queda demorado y sometido a una especie de "condición suspensiva negativa" que consistiría en retrasar la eficacia anulatoria de la sentencia durante tres meses, para evitar el ingreso en prisión del indultado, de manera que si, en ese periodo de tiempo el Gobierno emite un nuevo Real Decreto concediendo el indulto -en el que, como es obvio, se incluyan las razones en las que se funda la decisión-, el indulto sería válido y el motivo determinante de la nulidad -su falta de motivación- quedaría sanado, evitándose así que quedara privado de libertad don Ezequias. Si así fuera, surge una segunda cuestión: una vez "explicadas" las razones y dado que la sentencia insiste en la posibilidad de ejercer un control de estas razones por vía de la arbitrariedad, examen que no se ha producido en la sentencia para este caso concreto, "sería posible un control posterior por vía de la arbitrariedad?", "por qué cauce?".

No menos dudas suscita el sustento legal utilizado por la sentencia para establecer este "aplazamiento" de la nulidad, si esta es la interpretación correcta que ha de darse al fallo de la sentencia. En efecto, el apartado segundo del artículo 104 de la LJ establece un plazo de cumplimiento voluntario, un periodo de "gracia" para el cumplimiento voluntario, transcurrido el mismo debe procederse a la ejecución forzosa. La mención a esta previsión legal en relación con el art. 71.c) de la LJ no ampara un pronunciamiento que permita demorar la ejecución de un fallo anulador de un indulto por un plazo de tres meses, pues las sentencias que declaren no ser conformes a derecho la resolución impugnada, según el art. 71.1. a) de la LJ la "anulará, total o parcialmente o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada", este es el alcance previsto por la ley para un pronunciamiento anulador. La sentencia recurre, sin embargo, a la previsión contenida en el art. 71.1.c) de la LJ, en el que literalmente se establece que "si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo". Esta previsión legal tan solo resulta aplicable a los actos o actuaciones debidas o, dicho de otro modo, a las obligaciones de actuar "jurídicamente obligatorias". Nada más alejado de la esencia misma que supone la concesión de un indulto, que en cuanto acto graciable no es obligatoria su adopción.

Tan singular pronunciamiento hubiera, exigido a nuestro juicio, mayores precisiones y aclaraciones, pues se encuentra en juego el ingreso en prisión de una persona.

En definitiva, y por las razones expresadas, creemos que el fallo debió ser desestimatorio.

Carlos Lesmes Serrano Ricardo Enriquez Sancho

Pedro Jose Yague Gil Manuel Campos Sanchez-Bordona

Jose Diaz Delgado Wenceslao Francisco Olea Godoy

Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo Diego Cordoba Castroverde

Vicente Conde Martin de Hijas Manuel Martin Timon

VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013 (RECURSO 13/2013) QUE FORMULA EL

MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jose Juan Suay Rincon, AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA D^a. Maria Isabel Perello Domenech.

Coincido en lo sustancial con la posición expresada por la mayoría. Una posición que considero, además, sólida y fundada en su conjunto; y que, por eso, no sólo respeto profundamente, sino que incluso asumo en su mayor parte.

Sin embargo, como mantengo con ella alguna diferencia, como tuve ocasión de manifestar ya en el curso del debate en pleno, considero preciso formular este voto particular que, en todo caso, es **solo parcialmente discrepante** de la opinión mayoritaria, como puede deducirse sin dificultad de lo que se acaba de decir y como en seguida habrá ocasión también de constatar.

I

A) Comparto con la mayoría, en efecto, lo que considero esencial, esto es, el pronunciamiento anulatorio alcanzado, así como la fundamentación jurídica sobre la que dicho pronunciamiento descansa, la sujeción del ejercicio de la prerrogativa del indulto al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En realidad, la virtualidad de dicho principio alcanza a cualquier forma de manifestación del Poder, cabría agregar. Porque así, con la indicada proyección general, queda enunciado el alcance y ámbito de aplicación de dicho principio en el artículo 9, precepto que se encuentra ubicado además dentro del Título Preliminar de la Constitución, y en el mismo lugar que encuentra cobertura también el principio de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3: "*La Constitución garantiza el principio (...) la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*").

Su contemplación conjunta en estos términos, por lo demás, refuerza su virtualidad mutua; porque, desde distinto enfoque, llevan al mismo resultado: en efecto, en tanto que los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio sino ajeno, obligados quedan dichos poderes, según cada una de estas dos perspectivas antes indicadas, o bien, a exteriorizar las razones que presiden su actuación, o bien, a rendir cuentas de su gestión y a responder por tanto de su objetividad.

Lo que, en último término, enlaza también a ambos principios con los primeros documentos constitucionales de la historia y, desde luego, sitúa aquéllos en línea con el cerco a las denominadas "inmunidades del poder".

B) Centrado ahora nuestro examen en el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, no me parece, en primer término, que resulte especialmente relevante su consideración técnica como uno de los elementos reglados normativamente prefigurados (lo está en la propia norma constitucional, sin la menor duda). De considerarse así, autorizaría ello pacíficamente su control en sede jurisdiccional.

Pero, de no considerarse así, es el caso que constituye también de cualquier modo un principio general del Derecho, que igualmente legitima el ejercicio de la fiscalización jurisdiccional: dicho principio no sólo puede esgrimirse en presencia de potestades discrecionales en sentido estricto (consideradas éstas solo las encaminadas derechamente a la satisfacción de un interés público cuya concreción queda remitida al momento propiamente aplicativo de la norma); y extiende su virtualidad, por tanto, también más allá de ellas hasta comprender la actuación de cualesquiera poderes públicos.

Distinta, desde luego, es la cuestión de la determinación concreta del alcance o la intensidad de la fiscalización susceptible de ejercerse en cada caso, cuestión sobre la que sin embargo no nos corresponde ahora formular una opinión general, sino sólo en relación con el supuesto concreto sometido a nuestro enjuiciamiento.

C) Circunscribiendo así nuestro examen a dicho supuesto, es preciso destacar antes que nada que, pese a los múltiples pronunciamientos que esta Sala ha tenido ocasión de realizar en materia de indulto, difícilmente cabe identificar alguno parangonable con el que ahora ha de centrar nuestra atención; por lo que no creo que se trate tanto de enmendar el sentido de una doctrina, como de atender a las peculiaridades de dicho supuesto (por otro lado, y dicho sea de paso, como tampoco hemos tenido ocasión hasta ahora de establecer nuestras propias pautas en estos casos, la práctica cotidiana en el ejercicio de la referida prerrogativa tampoco ha podido atenerse a ellas).



Ciertamente, se cuestiona en el supuesto que nos ocupa la legalidad de la concesión, y no de la denegación, de un indulto, lo que ya de por sí ha sido extremadamente infrecuente en la práctica de la jurisprudencia, como la propia sentencia se cuida de destacar, y comienza a marcar verdaderamente las diferencias. Pero es que ha quedado constatada asimismo la oposición a su concesión de los familiares de la víctima, del ministerio fiscal y del tribunal sentenciador. Y, en fin, tampoco es irrelevante el alcance o dimensión de la conmutación de la pena (indulto parcial), en los términos en que a la postre vino a otorgarse el indulto.

Pues bien, en el contexto descrito, y aunque el ejercicio de la prerrogativa del indulto pueda llegar a ejercitarse incluso ante tales supuestos, parece necesario extremar en todo caso las cautelas y por tanto cumple exigir al acto de concesión del indulto, en su caso, que proceda a identificar las razones determinantes de su otorgamiento; o, si se prefiere, dicho lo mismo pero de otro modo, cómo se concretan efectivamente en el caso los conceptos legalmente determinados ("razones de justicia, equidad o utilidad pública") que ampararían la concesión del citado indulto en el referido supuesto.

La incorporación al expediente de la motivación correspondiente sería la primera y mejor garantía de la arbitrariedad. Y, por eso, en supuestos tan singulares como el que se somete a nuestra consideración, no parece irrazonable ni desproporcionado requerir a la autoridad que aporte una motivación expresa y adecuada en respaldo de su criterio.

D) La exigencia de motivación, como se ha indicado, es la mejor herramienta para evitar la arbitrariedad. Se ha llegado incluso a afirmar que lo que no está motivado es de por sí, y sólo por esa razón, arbitrario.

Aunque tampoco podemos compartir una opinión tan radical. Porque, todavía en defecto de motivación expresa, cabría llegar a deducir del expediente una fundamentación sustantiva, que puede ser suficiente en muchos supuestos (porque, en definitiva, lo verdaderamente importante en el fondo son los motivos, en tanto que, llegado al caso, lo mismo puede haber resoluciones motivadas arbitrarias que lo contrario, esto es, resoluciones no motivadas pero tampoco arbitrarias).

En cualquier caso, tampoco se alcanza a vislumbrar suficientemente tal fundamentación en el supuesto sometido a nuestro enjuiciamiento, deduciendo del expediente las razones por las que procedería avalar el indulto en dicho supuesto.

E) Cumple requerir la observancia de las exigencias indicadas, incluso, pese al silencio mantenido a este respecto por la normativa legal de aplicación (Ley de 18 de marzo de 1870, que todavía hoy regula el ejercicio de la prerrogativa del derecho de gracia), porque en todo caso es claro que dicha Ley tampoco excluye tales exigencias, y por eso puede y debe ser interpretada en el sentido expuesto, que sería el sentido conforme a la Constitución.

Hemos de insistir, por tanto, en que no se trata de patrocinar el traslado puro y simple de las técnicas surgidas al socaire de la fiscalización de las potestades administrativas fuera de dicho ámbito, ni de equiparar en su régimen jurídico el tratamiento de la prerrogativa de gracia al que resulta propio de tales potestades; pero sí de avanzar en el largo e interminable proceso histórico de cierre del círculo de las inmunidades de los poderes públicos -y por razones históricas es donde tales técnicas de fiscalización se formaron y se consolidaron técnicamente- y de extender, por consiguiente, la aplicación de los principios generales del Derecho y las exigencias propias del Estado de Derecho a todos los ámbitos de la vida pública.

II

A) Una vez expuestas las consideraciones precedentes, he de proceder ahora a concretar los términos de mi discrepancia, que se sitúa estrictamente en uno de los últimos fundamentos de la sentencia, concretamente, en lo que ésta viene a consignar en su fundamento décimo y penúltimo.

Con base en los preceptos de la Ley jurisdiccional que igualmente son objeto de cita en el mismo (artículo 71.1 c) en relación con el artículo 104.1 y 2), alcanza a concluirse en el expresado fundamento que procede el aplazamiento de la eficacia temporal de la sentencia por un período de tres meses.

B) Resulta difícil, en primer término, encontrar una cobertura legal adecuada a tal efecto, sobre la base estricta del artículo 71.1 de la Ley jurisdiccional, que es al que explícitamente se apela por la sentencia.

En la medida en que dicho precepto autoriza, ciertamente, a establecer un plazo para que se cumpla el fallo de una sentencia; pero, conforme al orden mismo al que se atiende el precepto al desarrollar el alcance de las sentencias estimatorias, parece dicho supuesto orientado con vistas a su aplicación, sobre todo, cuando se pretenden obtener en sede judicial pronunciamientos condenatorios (artículo 71.1 c)). Y no, por tanto, cuando lo que se pretenden son pronunciamientos meramente anulatorios (artículo 71.1.a)), como es el caso.



En el artículo 71.1. a) de la Ley jurisdiccional está prevista la posibilidad de que la anulación se extienda a la totalidad de la actuación impugnada o sólo a una parte de ella; pero no lo está, por así decir, lo que podríamos denominar su "programación temporal", esto es, que la anulación pueda llegar a diferirse en el tiempo.

C) Tal eventualidad sí que está contemplada en el artículo 71.1 c) de la Ley jurisdiccional, como decimos, que es además el que pretende aplicarse al caso, según el criterio mayoritario expresado en la sentencia. Pero en principio no parece ello pensado para supuestos como el que nos ocupa.

En efecto, el ámbito al que se contraen los pronunciamientos jurisdiccionales en el caso de las sentencias estimatorias (artículo 71 de la Ley jurisdiccional), está determinado por las pretensiones esgrimidas por las partes que ejercitan la acción judicial, las cuales a su vez se encuentran determinadas por los artículos 31 y 32 de la Ley.

De este modo, y en términos generales, si los demandantes sostienen como pretensión " *la de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el Capítulo precedente* " (artículo 31.1), que es por lo demás en lo que la pretensión se concreta en el supuesto sometido a nuestra consideración, entonces, la sentencia estimatoria " *declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada* " (artículo 71.1 a)).

Si lo que se pretende, en cambio, es " *el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda* " (artículo 31.2), procederá aplicar lo dispuesto en el artículo 71.1 b) y la sentencia estimatoria " *si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma* ".

En fin, para los supuestos previstos por el artículo 29 (recurso por inactividad), es para los que se contempla la previsión establecida por el artículo 71.1.c): " *si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo* ", porque justamente es en tales supuestos donde lo que se recaba del órgano jurisdiccional es que -ante la inactividad de la Administración- condene a ésta a " *la emisión de un acto* " o a " *la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria* ".

D) Hemos precisado antes que éste constituye el marco normativo de referencia aplicable, pero que, ciertamente, solo en principio. Porque, en aras de garantizar la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en efecto, tampoco puede aceptarse que venga a aplicarse de un modo rígido e implacable la correlación expuesta entre el sistema de pretensiones contemplado y el ámbito del enjuiciamiento jurisdiccional precedente.

Todo lo contrario. No cabe prescindir de la toma en consideración de las singulares circunstancias concurrentes que pudieran esgrimirse en el ejercicio del derecho constitucional de defensa por quienes reclaman la tutela de los tribunales. La efectividad del derecho fundamental reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución ha de prevalecer frente a cualquier interpretación del marco legal vigente que pudiera frustrar la obtención de una tutela judicial efectiva, y no al revés.

Ahora bien, en el supuesto sometido a nuestra consideración, sin embargo, lo cierto es que los recurrentes no han venido a solicitar sino la anulación del acto recurrido. De este modo, cumple concluir que su pretensión se erige en principio en el ámbito delimitador del objeto del proceso y el pronunciamiento meramente anulatorio, llegado el caso, se convierte así también en el límite del enjuiciamiento jurisdiccional.

E) Todavía, sin embargo, y más allá de ello, dentro del amplio entendimiento con el que han de configurarse las facultades de los órganos jurisdiccionales a fin de asegurar la búsqueda de la solución justa en cada caso, cabría llegar a refrendar incluso un planteamiento igualmente encaminado a evitar que tales facultades pudieran quedar rígidamente encorsetadas y dependieran solo de las pretensiones esgrimidas por quienes promueven la correspondiente acción ante los tribunales de justicia.

Pero, en tal caso, es claro que habría de requerirse del órgano jurisdiccional al menos un plus de motivación, que venga a proporcionar su justificación en cada supuesto; y, desde luego, tal motivación reforzada se echa en falta en el supuesto sometido a nuestra consideración.

Apurando nuestro análisis, es más, no sólo no se exteriorizan las razones por las que se invoca el precepto de la Ley jurisdiccional antes señalado (artículo 71.1.c) más allá de lo que resulta su ámbito propio y natural, sino que tampoco aciertan a deducirse tales razones eventualmente concurrentes del texto de la sentencia.

Dado en Madrid, a veinte de noviembre de 2013.

Jose Juan Suay Rincon Maria Isabel Perello Domenech

VOTO PARTICULAR, que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el

Magistrado Excmo. Sr. Don Jesus Ernesto Peces Morate al discrepar de la decisión adoptada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia pronunciada el 20 de noviembre de 2013 en el recurso contencioso-administrativo número 2/**13/2013**, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez.

PRIMERO.- Coincido parcialmente con lo expresado en los fundamentos jurídicos primero a octavo de la sentencia de la Sala y discrepo de lo declarado por ésta en los fundamentos jurídicos noveno y décimo, así como de su parte dispositiva, por las razones que seguidamente expongo.

SEGUNDO.- Incurrir, a mi parecer, la sentencia de la Sala en una incongruencia interna porque abunda en consideraciones acerca de la innecesariedad de motivar el ejercicio de gracia, y por ello rechaza la tesis de los demandantes acerca de la inconstitucionalidad del indulto concedido por no estar motivado, mientras que en el primer pronunciamiento de la parte dispositiva de dicha sentencia anula el Real Decreto de concesión del indulto impugnado < *en los términos expresados en el último párrafo del Fundamento Jurídico Séptimo de la presente Sentencia*>.

En ese párrafo último se recoge lo expuesto en sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 2 de diciembre de 2005 (recurso contencioso-administrativo 161/2004), en la que se declara abierta y categóricamente que el Real Decreto por el que se conceden los indultos particulares debe extenderse en la motivación acerca de los hechos y circunstancias del caso concreto, motivación que deberá contemplar, especialmente, las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, la equidad y la conveniencia social, pues son extremos cuyo estudio impone la Ley, exigencia ésta de motivación que la indicada sentencia del Pleno de 2 de noviembre de 2005 deriva de la exposición de motivos de la Ley de 18 de junio de 1870.

TERCERO.- Emplea el Pleno de la Sala como fundamento del tercer pronunciamiento de la parte dispositiva de su sentencia, en el que se fija el plazo de tres meses para la ejecución de su fallo, lo establecido concordadamente en los artículos 71.1 c) y 104.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Estos preceptos se refieren exclusivamente a los pronunciamientos de las sentencias que acogen pretensiones de plena jurisdicción, según se deduce de la literalidad de los mismos, en relación con lo establecido en los artículos 31.2 y 71.1 b) de la propia Ley Jurisdiccional, lo que en el caso enjuiciado no sucede, al haberse ejercitado meramente una acción de nulidad contemplada en el artículo 31.1 de la misma Ley, como se recoge en el antecedente de hecho cuarto de la sentencia del Pleno.

La finalidad pretendida por el Pleno de la Sala, en evitación de que la anulación del Real Decreto concediendo el indulto pueda conllevar el inmediato ingreso en prisión del beneficiado por éste (sobre lo que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo carece de jurisdicción para pronunciarse al estar reservado a la Jurisdicción Penal), no autoriza a utilizar un precepto promulgado para otros fines.

Si el Pleno de la Sala ha entendido que el Real Decreto de concesión del indulto debe ser anulado por carecer de motivación y justificación, es mi parecer que debió limitarse a emitir un pronunciamiento anulador del Real Decreto de indulto, mientras que corresponderá a la Jurisdicción Penal decidir si el beneficiado por el indulto anulado debe o no ingresar de nuevo en prisión y al Consejo de Ministros decidir si le concede un nuevo indulto motivando su decisión.

CUARTO.- He indicado que comparto la tesis de los demandantes acerca de la inconstitucionalidad del Real Decreto de concesión del indulto sin motivación, pues ello impide o, al menos, dificulta el control jurisdiccional acerca de la interdicción de la arbitrariedad.

Ahora bien, aun cuando la Exposición de Motivos de la Ley del Indulto de 18 de junio de 1870 mantiene su redacción original, en la que se precisa la exigencia de motivación para los indultos particulares, lo cierto es que, como se recoge en la sentencia del Pleno, el legislador, mediante la Ley 1/1988, de 14 de enero, suprimió la exigencia de motivar el Real Decreto de indulto, y, por consiguiente, no cabe anular el Real Decreto impugnado de concesión del indulto, en contra de lo resuelto por el Pleno, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad de la Ley de Indulto de 1870, según la redacción dada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, en cuanto suprimió el deber de motivar, como así lo solicita expresamente la representación procesal de los demandantes, por implicar una vulneración de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, puesto que una decisión del Gobierno, que debe ajustarse a la Ley, cual es el derecho de gracia, es prácticamente imposible decidir si ha incurrido en arbitrariedad cuando no está motivada. Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad que



permitirá, además, esclarecer la doctrina constitucional en relación con el derecho de gracia recogido en el artículo 62 i) de la Constitución , que, a pesar de algunas declaraciones al respecto contenidas en los autos 360/1990, de 5 de octubre , y 278/1997, de 16 de julio, del Tribunal Constitucional , no resulta clara.

Por las razones expuestas es mi parecer que el Pleno de la Sala, en lugar de estimar el recurso contencioso-administrativo y anular el Real Decreto 1668/2012, de 7 de noviembre de 2012, por el que se indulta a Don Ezequias fijando un plazo de tres meses para ejecutar el fallo, debió oír a las partes y al Ministerio Fiscal para plantear seguidamente cuestión de inconstitucionalidad del artículo 30 de la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 , según redacción dada al mismo por Ley 1/1988, de 14 de enero, de Reforma de la Ley de Indulto, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 163 de la Constitución , 35 y 36 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre , y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Dado en Madrid en la misma fecha de la sentencia de la que se disiente.

Jesus Ernesto Peces Morate Mariano de Oro-Pulido y Lopez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ