



Roj: **STS 2224/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2224**

Id Cendoj: **28079130072014100166**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **06/06/2014**

Nº de Recurso: **159/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: SÉPTIMA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 06/06/2014 **REC.ORDINARIO(c/a)**

Recurso Núm.: 159 / 2013

Fallo/Acuerto: Sentencia Desestimatoria

Votación: 04/06/2014

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Escrito por: Nota:

El control de la prerrogativa de gracia por medio del indulto está limitado en lo contencioso-administrativo al procedimiento, pero no al resultado del procedimiento. La denegación de un indulto no supone vulneración del artículo 14 de la Constitución. Las resoluciones denegatorias de indulto no tienen que estar motivadas formalmente. Desestimación del recurso.

REC. ORDINARIO(c/a) Num.: 159/2013

Votación: 04/06/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: SÉPTIMA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:



D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

D. Vicente Conde Martín de Hijas

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil catorce.

La Sala Tercera de este Tribunal Supremo ha conocido, con la composición indicada más arriba, del recurso contencioso-administrativo seguido por los trámites del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2013 que resuelve no conceder un indulto.

El recurso ha sido interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de **doña Hortensia**, siendo parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado; y habiendo intervenido el **Ministerio Fiscal** en defensa de la legalidad.

Resultando los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito registrado en este Tribunal Supremo el 14 de mayo de 2013 el Procurador de los Tribunales don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de doña Hortensia, interpuso recurso contencioso-administrativo, por los trámites del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Lo dirige contra acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2013, que resuelve no conceder, entre otros, el indulto solicitado a favor de doña Hortensia, condenada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo por los delitos de asesinato y de lesiones.

Sostiene que el acuerdo de Consejo de Ministros citado lesiona su derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) por cuanto se aleja de la norma habitual de considerar los informes favorables del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, que se pronunciaron a favor del indulto de la mitad de la pena impuesta; también conculcaría, aunque, dice, ello no sea motivo de amparo, el artículo 9 de la CE, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, al carecer de la menor motivación.

Insiste la recurrente en lo que considera flagrante vulneración del artículo 14 de la CE y añade que basta acudir al BOE para comprobar que se han concedido indultos para delitos graves de homicidio, asesinato, atentado, tráfico de drogas, con condenas incluso mayores y más graves.

A fin de acreditar lo expuesto invoca el contenido de los Reales Decretos 1457 y 1458 de 2012, de 11 de octubre, por los que se indulta respectivamente a doña Sofía y don Abilio (BOE de 6 de noviembre de 2012); Reales Decretos 1630; 1632; 1636 y 1639, de 2012, de 30 de noviembre, por los que se indulta respectivamente a don Celestino; don Fernando; doña Carmela y don Lorenzo (BOE de 21 de diciembre de 2012); Reales Decretos 1662 y 1668, de 7 de diciembre, por los que se indulta a don Segundo y don Jesús Carlos, y Real Decreto 1687/2012, de 14 de diciembre, por el que se indulta a don Baldomero (BOE de 5 de enero de 2013); y Real Decreto 44/2013, de 25 de enero, por el que se indulta a don Erasmo (BOE de 12 de febrero de 2013).

Y concluye que, observando otro indulto concedido a don Jesús Carlos, condenado por homicidio, a la pena de trece años de prisión, se aprecia que la discriminación con la negativa de la concesión de su indulto es de una evidencia palmaria, a tenor de la línea marcada por el Tribunal Constitucional en las resoluciones que cita.

Por otrosí digo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 129, 135 y concordantes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso-administrativo (en adelante LRJCA) y por la urgencia del momento solicita que se adopte medida cautelarísima de suspensión de ingreso de la recurrente en prisión hasta que concluya este procedimiento. Relata que dicho ingreso fue acordado por Auto de 29 de abril de 2013 de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Séptima, con sede en Elche) en la ejecutoria 67/2010, dimanante de rollo sumario 39/2006 del Procedimiento Abreviado 2/2005 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Orihuela.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, en la misma, por Auto de 22 de mayo de 2013, se acordó, *inaudita parte*, la concurrencia en el caso de *circunstancias de especial urgencia* aducidas por la recurrente para resolver de inmediato, al amparo del artículo 135.1 de la LRJCA, la petición de tutela cautelar solicitada, dado que la Audiencia Provincial de Alicante había acordado, tras conocer la resolución



de denegación del indulto que ahora se impugna dejar sin efecto su Auto de suspensión de condena de 28 de febrero de 2011 y había requerido a la recurrente para su ingreso en prisión.

Previa valoración de los intereses en conflicto consideró la Sala que la adopción de la medida cautelar perturbaría de modo grave los intereses presentes a la ejecución de una pena impuesta a la recurrente por una sentencia firme de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Se apreció también que la decisión recurrida en el proceso era la constituida por el Acuerdo del Consejo de Ministros que resolvió no conceder el indulto y no la decisión judicial que, como consecuencia de la anterior, ordenaba el ingreso en prisión de la recurrente y que, en tal estado de cosas, acordar la medida cautelarísima implicaría el ejercicio por la Sala de facultades de las que carece jurisdiccionalmente, cuál sería el otorgamiento, siquiera provisional, del indulto solicitado.

Se entró a valorar, desde la perspectiva del *fumus boni iuris*, el informe psiquiátrico aportado por la recurrente pero, frente al mismo, y de acuerdo con la doctrina de la Sala sobre los limitados supuestos en que cabe apreciar una apariencia de buen Derecho, se consideró inexcusable el interés general existente en el cumplimiento de una sentencia firme y se acordó, en definitiva, no haber lugar a la medida cautelarísima solicitada.

A continuación se dio audiencia al Abogado del Estado, quien se opuso a la suspensión. Por Auto de 5 de junio de 2013 se confirmó la resolución cautelarísima anterior y se dispuso no haber lugar a la medida cautelar de suspensión, por las razones ya expuestas en el Auto reseñado anteriormente.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 24 de junio de 2013 se tuvo por interpuesto y se admitió el recurso; se tuvo por personado y parte al Procurador citado, y se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la LRJCA .

CUARTO.- Recibido el expediente administrativo y concedido el oportuno traslado, el Procurador don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de doña Hortensia dedujo la demanda mediante escrito con sello de presentación en este Tribunal de 18 de septiembre de 2013.

Tras reproducir pasajes de la exposición de motivos de la Ley de 18 de junio de 1870 y relatar los antecedentes procesales del procedimiento penal seguido contra ella que considera de su interés, sostiene la recurrente que el acuerdo impugnado lesiona su derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE).

Añade que viene en el expediente de indulto una relación de indultos pedidos y no otorgados, entre los que se encuentra el suyo, pero no consta motivación alguna de dicha decisión, ni que el indulto se haya debatido entre los Ministros que componen el Consejo.

Entiende que para el otorgamiento o no de la concesión del indulto deberá observarse lo que previene el artículo 9.3 CE que garantiza la " *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* ", y ello obliga a motivar la resolución por la que opte el Consejo, tanto si concede como si deniega el indulto.

Señala que en este expediente se dan dos criterios totalmente distintos: el del Tribunal y Fiscal de la Audiencia Provincial que redactaron los hechos probados y el del Tribunal Supremo y Fiscal del mismo, que estimaron parcialmente el recurso interpuesto pero que, a diferencia de la Audiencia Provincial, no entraron a valorar, al emitir sus respectivos informes, que son desfavorables al indulto, las circunstancias del caso, como son la evidente provocación por parte de la víctima del delito; la agravación de sus lesiones como consecuencia del uso de los extintores y el estado mental de la actual recurrente.

En cuanto a la vulneración del artículo 14 de la CE manifiesta que no se ha obrado de la misma manera para el otorgamiento de los indultos a don Jesús Carlos (Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, publicado en el BOE de 5 de enero de 2013); a cuatro Mozos de Escuadra que habían sido condenados por torturas; y en marzo de 2012 al ex Secretario General del Departamento de Trabajo Pelayo y al empresario Jose Ángel por el denominado caso Treball (desvío de fondos) que no contaron con el informe favorable del Tribunal.

Concluye que si en estos tres expedientes se otorgaron los respectivos indultos, en el de la recurrente ha de tenerse en cuenta el público y notorio clamor popular pidiendo su concesión para anular la resolución recurrida y devolver el expediente al Consejo de Ministros para que vuelva a considerar estas circunstancias en un nuevo estudio de los hechos y circunstancias que han concurrido para otorgar el indulto.

Insiste en el clamor popular a favor del indulto de la recurrente que culminó en la presentación de una nueva petición de indulto al Ministerio de Justicia el 11 de junio de 2013, que según su parecer habría de conducir a un informe favorable por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Ministerio Fiscal.

Añade finalmente a modo de resumen que la no concesión del indulto a la recurrente conculca el artículo 14 de la CE ; carece de motivación y existe una falta de sensibilidad hacia la Audiencia Provincial de Alicante



que se mostró favorable a su otorgamiento, y que la oposición al indulto por parte de la familia de la víctima desconoce la enfermedad mental incurable de la recurrente no evaluada ni cuantificada.

En razón de lo anteriormente expuesto, la recurrente termina suplicando a la Sala que dicte sentencia:

«(...) por la que, estimando íntegramente el presente recurso, acuerde anular y dejar sin efecto la resolución impugnada, declarando la vulneración del derecho fundamental invocado y reconociendo el derecho de Doña Hortensia para obtener el indulto por el resto de la pena pendiente de cumplimiento, o en su caso, por la mitad de la condena, previo nuevo estudio y consideración, por el Consejo de Ministros, de los hechos y circunstancias que rodearon su acción, con las demás que procedan.»

Por primer otrosí digo de su escrito de demanda interesó el recibimiento del pleito a prueba y propuso la práctica de los concretos medios de prueba que estimó convenientes a su derecho.

Por segundo otrosí digo solicitó la celebración de vista, o en todo caso, la formulación de conclusiones escritas.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 20 de septiembre de 2013 se tuvo por formalizada la demanda y se concedió traslado de la misma al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal a fin de que en el plazo común e improrrogable de ocho días formularan las alegaciones que considerasen oportunas.

SEXTO.- El Fiscal evacuó el traslado concedido por escrito presentado el 8 de octubre de 2013.

Entiende el Ministerio Público que el planteamiento mismo del recurso, según se concreta en el escrito de interposición y en la demanda, y sobre todo la propia naturaleza del acto recurrido, conducen a la conclusión de que la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad ante la ley (invocada por la recurrente en su escrito de interposición del recurso) no es aplicable al presente caso, al menos en los términos que pretende la parte actora.

Sostiene el Ministerio Fiscal que la demanda no aporta los elementos imprescindibles para acreditar la vulneración del derecho a la igualdad (consistente en un término válido de comparación que acredite la igualdad de supuestos y el cambio de criterio inmotivado o con motivación irrazonable o arbitraria) pues la demanda se limita a mencionar y adjuntar una serie de acuerdos del Consejo de Ministros por los que se concede el indulto a diversas personas condenadas por diferentes delitos. La comparación no resulta útil a la hora de identificar un posible término idóneo de comparación, en la medida en que no identifica ningún elemento de similitud con los que se dan en el caso de la recurrente, sin que reúnan aptitud, a tal fin, la aparente gravedad del delito y el hecho de que al otorgarlo el Gobierno haya "considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal".

Precisa que dicha expresión (considerar los informes) no es más que una cláusula de estilo que significa que se han tomado en consideración, no que se haya actuado en el sentido que indican, máxime cuando dichos informes son preceptivos pero no vinculantes para el Gobierno.

Y subraya en sus alegaciones el Ministerio Público que, en el caso de la recurrente, el Tribunal y el Fiscal que son competentes para informar sobre el expediente de indulto lo son la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el Fiscal adscrito a dicho Supremo Tribunal, lo que enerva la crítica de la demandante sobre el carácter favorable de otros informes. Y subraya que esos órganos competentes han informado en forma desfavorable al indulto, y que por vía de la estricta aplicación del derecho positivo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2010, que casó la recurrida y dictó segunda sentencia, produjo el mismo efecto reductor de la pena impuesta a la recurrente que pretendía la Audiencia Provincial de Alicante por la vía de ejercicio de la prerrogativa de gracia, ya que el Tribunal Supremo impuso a la recurrente una pena inferior en dos grados y redujo su condena.

Aduce por otra parte el Ministerio Público que la recurrente se limita a reproducir exhaustivamente los numerosos motivos por los que, según su parecer, se le debiera haber concedido el indulto, sin reparar en que la revisión de tales argumentos no corresponde a este procedimiento, ni a este orden de jurisdicción.

Respecto al procedimiento recuerda que en el marco de un proceso contencioso-administrativo especial sobre derechos fundamentales lo único que procede examinar es si la Administración, con su acción u omisión, ha vulnerado uno de esos derechos, pero no construir el razonamiento que hubiera debido utilizar para no vulnerarlo. Así siendo la alegación sustancial de la demanda la falta de motivación de la resolución, en la medida en que ésta sea constitucionalmente exigible, si se comprueba la inexistencia de motivación idónea y suficiente para justificar un trato desigual de quienes están en igual situación jurídica, debe conducir a estimar conculcado el derecho, resultando sin embargo ajeno al objeto del procedimiento cómo debería haberse motivado la resolución que no se motivó.

Alega finalmente la constante jurisprudencia de la Sala acerca de que el ejercicio de la prerrogativa constitucional de gracia queda precisamente al margen, por su propia naturaleza, del deber de motivación, y



que el control de legalidad de su ejercicio se limita a los aspectos reglados, entre los que no se encuentra su contenido sustancial, que es discrecional por esencia, a cuyo efecto invoca y reproduce la sentencia de 29 de mayo de 2013 (Rec. 441/2012).

Por todo lo expuesto termina suplicando a la Sala:

«(...) dicte sentencia por la que SE DESESTIME ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA, con imposición de costas al recurrente de acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 LJCA ».

Por otrosí digo manifestó no interesar el recibimiento a prueba.

SÉPTIMO.- El Abogado del Estado contestó la demanda por escrito presentado el 10 de octubre de 2013.

Opone en primer lugar la inadmisibilidad del recurso por no tratarse de una cuestión a someter al procedimiento especial sobre protección de derechos fundamentales.

Considera el representante de la Administración que la demanda trata de justificar el procedimiento elegido alegando formalmente la vulneración del derecho a la igualdad, cuando ello no se ajusta a los fundamentos de tal procedimiento excepcional.

Aduce que no puede tomarse en consideración la afirmación de la demanda referida al principio de igualdad, comparando este indulto con otros, pues precisamente por la no exigencia de motivación, quien tiene atribuido el derecho de gracia, goza de total libertad en su decisión, y cita en abono de su tesis la sentencia de 28 de abril de 2009 y el auto del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 1990 que reproduce en los particulares de su interés.

En cuanto a la alegada ausencia de motivación de la denegación del indulto señala que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria que no debería ser objeto de controversia en este recurso, sin perjuicio de lo cual indica, no obstante, que tal cuestión está reiteradamente resuelta por la Sala en el sentido de que se trata de una facultad de la Jefatura del Estado, no sujeta a revisión jurisdiccional, la cual sólo puede abarcar los aspectos meramente procedimentales regulados en la Ley del Indulto, que no han sido objeto de impugnación en el actual recurso. Invoca y transcribe a tal efecto las sentencias de este Tribunal Supremo de 23 de enero y 20 de febrero de 2013, y el auto del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1997.

Concluye que los actos realizados en el ejercicio del derecho de gracia como el presente deben ser calificados como políticos, y como tales ajenos a la fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo en los aspectos reglados, a cuyo efecto cita y reproduce en los particulares de su interés la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1990.

Finalmente añade, con independencia de lo anterior, que la adopción de la decisión de indulto no es caprichosa, sino acorde con el delito cometido, con la gravedad de los hechos, con la pena impuesta, con los informes emitidos y con otras circunstancias contenidas en el expediente personal del penado, que reproduce.

Por todo ello termina pidiendo a la Sala:

«(...) dicte sentencia por la que se inadmita el recurso o subsidiariamente se desestime el mismo, imponiendo a la parte actora las costas del proceso».

Por otrosí primero digo solicitó que se denegara el recibimiento a prueba solicitado de contrario.

Por otrosí digo segundo manifestó oponerse al trámite de vista o subsidiario de conclusiones.

OCTAVO.- Por auto de 31 de octubre de 2013 se dispuso no haber lugar a recibir el pleito a prueba.

NOVENO.- Concedido a las partes el término sucesivo de diez días a fin de que presentaran sus conclusiones, trámite evacuado por la recurrente y el Abogado del Estado respectivamente por sendos escritos de 9 y 17 de diciembre de 2013, y por el Ministerio Fiscal mediante escrito de 3 de enero de 2014, se declararon conclusas las actuaciones.

DÉCIMO.- Por providencia de cinco de marzo de dos mil catorce se señaló para votación y fallo del recurso la audiencia del día cuatro de junio de dos mil catorce, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

VISTOS los preceptos de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio del derecho de la gracia de indulto, los que se citan en la sentencia y los demás de pertinente aplicación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Se impugna, por los trámites del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona del Capítulo Primero del Título V de la LRJCA, el acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2013, que resuelve no conceder el indulto solicitado en favor de doña Hortensia , del total de la pena que le resta por cumplir.

La recurrente atribuye a esa denegación la vulneración de su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, consagrado en el artículo 14 de la CE , así como una vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos garantizado en el artículo 9.3 de la CE , por falta de motivación formal del acuerdo de denegación de su indulto.

SEGUNDO.- Declaramos probados los siguientes fundamentos de hecho, que resultan de los autos y del expediente administrativo:

1.-La recurrente fue condenada en sentencia de 17 de julio de 2009 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª, con sede en Elche, en el rollo 39/06 , dimanante del Sumario nº 2/05 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Orihuela, como autora responsable de un delito de asesinato en concurso ideal con un delito de lesiones con instrumento peligroso, con la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio, a la pena de ocho años y seis meses de prisión por el delito de asesinato, y un año de prisión por el delito de lesiones dolosas, permaneciendo en prisión provisional por dicha causa desde el 13 de junio de 2005 hasta el 23 de junio de 2006 (folios 111 a 144 del expediente administrativo).

Dicha sentencia fue casada por la sentencia de 2 de junio de 2010 de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo , que dictó segunda sentencia y sustituyó las penas impuestas a la acusada por las de cinco años de prisión por el delito de asesinato y seis meses de prisión por el delito de lesiones (folios 146 a 173 y 174 a 177), dando lugar a la Ejecutoria nº 67/10 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante.

2.-Mediante escrito, con sello de presentación en la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de febrero de 2011, don Federico y doña Elvira , cónyuge e hija respectivamente de doña Hortensia , solicitaron el indulto total de la pena que restaba por cumplir a aquella (folios 4 a 39 del expediente administrativo).

3.-Por auto de 28 de febrero de 2011 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante se estimó la petición de suspensión de la condena impuesta durante la tramitación de la solicitud de indulto (folios 209 a 211).

4.-Incoado por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante el expediente de indulto número NUM000 (folio 56 del expediente), por el Oficial-Jefe del Cuerpo de la Policía Local del Excmo. Ayuntamiento de Los Montesinos (Alicante) se emitió informe de buen comportamiento de la penada (folios 103 y 105).

La representación procesal de doña Silvia y otros (perjudicados por el delito) manifestaron su oposición al indulto solicitado *«dada la especial gravedad de los hechos producidos, la crueldad manifestada por la condenada en su actuación, y que además, y pese al tiempo transcurrido, no han sido abonadas las responsabilidades civiles dimanantes del delito»* (folio 107).

Consta certificado de la Secretaria Judicial de la Sala que sobre el pago de las indemnizaciones por parte de la condenada manifiesta lo siguiente: *«(...) Que habiendo sido requerida formalmente al pago de dichas indemnizaciones, en fecha 22/10/10, y no habiendo verificado el mismo, por esta Sala se acordó la averiguación de sus bienes mediante las aplicaciones telemáticas correspondientes, resultando acreditado la existencia de dinero en sus Cuentas bancarias. En estos momentos se está tramitando el embargo de las mismas»* (folio 145).

El Fiscal y la Sala de instancia emitieron informe a favor de la concesión de indulto de la mitad de la pena impuesta (folios 109 y 110).

5.-Remitido el expediente de indulto tramitado por la Audiencia Provincial de Alicante a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a fin de que se completara con los informes preceptivos de este Tribunal (folio 54), el Fiscal y la Sala del Tribunal Supremo informaron en forma desfavorable al indulto reclamado (folios 212 a 220 y 221 a 224 respectivamente).

6.-Solicitado por la División de Derechos de Gracia del Ministerio de Justicia informe acerca del abono de las responsabilidades civiles (folio 227), la Secretaria Judicial de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante certificó el 19 de diciembre de 2012 no haberse satisfecho las responsabilidades pecuniarias (folio 232).

7.-El Consejo de Ministros, en su reunión del día 19 de abril de 2013, *acordó no conceder la gracia solicitada a doña Hortensia* (documentos números 3 y 4 del expediente, sin foliar).

TERCERO.- Planteado el debate en los términos que resultan de los hechos que se han expuesto, la primera cuestión que ha de ser objeto de enjuiciamiento es la relativa a la *causa de inadmisibilidad* opuesta, en su escrito



de contestación a la demanda, por el Abogado del Estado quien sostiene la inadecuación del procedimiento especial elegido por la recurrente.

Esta excepción no puede ser acogida.

En el procedimiento de protección de los derechos fundamentales se determina que la petición de inadmisión de la queja de amparo debe efectuarse en el momento procesal que resulta de lo dispuesto en los artículos 116.3 ; 117 y 118 de la LRJCA , que contemplan un incidente específico que el Abogado del Estado no ha empleado en este proceso. Es además reiterada, y decisiva, la jurisprudencia de esta Sala [contenida, entre otras, en las sentencias de 21 de diciembre de 2007 (casación 7686/2005) y en las que en ella se citan; 15 de febrero de 2010 (casación 1608/2007) y 20 de diciembre de 2011 (casación 4911/2010)], que sostiene, a propósito de los requisitos que debe reunir el escrito de interposición para franquear el acceso a esta vía especial de protección judicial de los derechos fundamentales, que *«basta con la invocación de uno de ellos de los que sería titular el recurrente y con la imputación de su infracción a la concreta actuación administrativa impugnada, junto con un mínimo razonamiento que enlace ese resultado con ella»* [para admitir

el recurso] . *Igualmente, es menester advertir que el trámite previsto en el artículo 117.2 de la Ley reguladora solamente tiene por objeto la comprobación de que concurren en el recurso los ingredientes que se han señalado por lo que no autoriza a sumar a tales requisitos otro de fondo consistente en la superación de un juicio preliminar sobre la viabilidad de las pretensiones esgrimidas aunque, desde luego, sí sea siempre posible la constatación de la material imposibilidad de que los actos impugnados, por su naturaleza, produzcan las vulneraciones denunciadas».*

Esos requisitos se cumplen en el escrito de interposición del recurso, cuyo contenido queda extractado en el antecedente primero de esta sentencia, en la medida en que identifica el acto contra la que dirige el recurso (resolución del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2013 por la que se acuerda no conceder el indulto solicitado en beneficio de la recurrente), el derecho fundamental que se considera lesionado por aquél (igualdad en la aplicación de la ley del artículo 14 de la CE) y las razones por las que entiende que el acto impugnado vulnera el derecho fundamental cuya tutela reclama (cambio inmotivado del criterio observado por el Consejo de Ministros en otros casos).

Todo ello determina que, en este momento procesal, y a los efectos de la admisibilidad del recurso que ahora se examina, proceda rechazar la causa de inadmisión opuesta por el defensor de la Administración. Todo ello, sin perjuicio de lo que resulte del examen del fondo de las cuestiones que se plantean.

CUARTO.- Despejado el óbice procesal opuesto procede entrar a enjuiciar la cuestión de fondo.

Se debe advertir que las pretensiones que se formulan están relacionadas con derechos de la recurrente implicados en el cumplimiento de lo que resta de su condena e inciden en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, lo que exige de esta Sala *una motivación y razonamiento especialmente reforzado* [Conf., por todas, Sentencias de esta Sala de 23 de noviembre de 2001 (Casación 5441/1997) y del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 163/2002, de 16 de septiembre , FFJJ 5, 6 y Fallo].

La demanda no sólo pide que anulemos y dejemos sin efecto el Acuerdo del Consejo de Ministros, al que imputa la vulneración del derecho fundamental de la recurrente a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE) y una supuesta arbitrariedad (artículo 9.3 CE) de la denegación, por falta de motivación. Formula también la pretensión *de plena jurisdicción* (artículo 31.2 LRJCA) de que reconozcamos el derecho de doña Hortensia a obtener el indulto que le fue denegado por el resto de la pena pendiente de cumplimiento o, en su caso, por la mitad de la condena, previo nuevo estudio y consideración, se dice, por el Consejo de Ministros.

Esa última petición implica que fiscalicemos en cuanto al fondo y sustituyamos la decisión acordada por el Consejo de Ministros. Entendida en esos términos excede del ámbito del control atribuido a esta Sala sobre la actividad preparatoria por el Gobierno respecto del ejercicio de la *prerrogativa de gracia* , por lo que no puede ser atendida. Así lo tiene declarado la jurisprudencia constitucional y la de esta misma Sala.

La doctrina del Tribunal Constitucional afirma 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 »* (AATC 278/1997, de 16 de julio (FJ 1 y Fallo) y 360/1990, de 5 de octubre, FJ 5 y Fallo).

En el mismo sentido se ha manifestado en forma unánime esta Sala en una treintena de sentencias recaídas en los casos de denegación de indultos [Cfr., las de 30 de enero de 2014 (Rec. 407/2012), 9 de mayo de 2013 (Rec. 481/2012), 5 de mayo de 2009 (Rec 570/2008) ó 28 de abril de 2009 (Rec. 487/2008) y las que en ellas se citan].



« El ejercicio del derecho de gracia de indulto " -dice así la Sentencia de 28 de abril de 2009 -se " configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala [...] exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que [...] el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto».

QUINTO.- Esa limitación, que obliga a denegar la pretensión de plena jurisdicción que se nos ha formulado, se justifica en exigencias del *principio de división de poderes* que rige en nuestro ordenamiento, así como en el panorama comparado de sistemas jurídicos equiparables al nuestro.

En nuestro Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1. CE) una vez que se ha impuesto una pena en un procedimiento penal perseguible de oficio, y firme que sea la sentencia, el indulto constituye la única vía posible para alterarla (artículo 130.3 del Código penal).

El indulto es una auténtica excepción a la conclusión de un proceso penal seguido con todas las garantías del Estado de Derecho, por lo que es evidente que afecta al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en cuanto altera situaciones que han sido consagradas por una sentencia firme, irrevocable y provista del valor de la cosa juzgada (artículo 118 de la CE). En cuanto tal el indulto puede afectar a la confianza que los ciudadanos deben tener en los Tribunales y en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de las sentencias penales.

Frente a esta consideración esencial se opone, sin embargo, la existencia de la institución del derecho de gracia. La finalidad del remedio extraordinario del indulto es la de atenuar la excesiva dureza de las penas en casos concretos. Esa exigencia de equidad, perdón o, si se quiere, clemencia está también presente, desde la Antigüedad, en todos los sistemas de Derecho.

La potestad de decidir *en cuanto al fondo* en la delicadísima misión de templar en ocasiones excepcionales un rigor excesivo de la justicia con la apreciación de consideraciones de equidad no es, en cuanto a la procedencia y oportunidad de la decisión, susceptible de control jurisdiccional ni tampoco de ser sustituida por los Tribunales de justicia. Desde la época romana hasta hoy se ha afirmado, en todos los sistemas, que el perdón o el indulto son libres y se conceden 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).

En nuestro ordenamiento el ejercicio del derecho de gracia es una excepción singular a la función jurisdiccional penal y, en el Derecho español, hay que atribuir al indulto también ese mismo carácter jurisdiccional. Sin embargo la potestad de indultar no puede atribuirse dogmáticamente a los Tribunales sentenciadores del orden penal, en cuanto están constitucionalmente obligados por principio a aplicar la ley penal y hacer ejecutar lo juzgado. Y, menos aún, puede corresponder a los Tribunales de este orden contencioso-administrativo una intromisión en el ejercicio de la jurisdicción penal, imponiendo excepciones a lo que se ha sentenciado en ese ámbito, como ocurriría en caso de acoger la pretensión que enjuiciamos.

La potestad de mitigar la dureza de una condena, en todas las ocasiones en las que ello sea de razón, es atribuida normalmente a los Jefes de Estado, dado que se sitúan en el vértice de todos los poderes en los que se divide la organización democrática de éste y pueden, como auténtica excepción a la cosa juzgada, intervenir mediante un acto extraordinario de perdón o de clemencia. La concesión o denegación de la medida de gracia no es susceptible de ser sustituida en éste orden de jurisdicción, aunque la misma se encuentre sometida a múltiples controles de procedimiento, cuyo cumplimiento sí debe ser sometido a un escrupuloso control jurisdiccional.

De acuerdo con la Constitución de 1978, que sigue en este punto nuestra tradición constitucional anterior, *la condonación o remisión de una pena sólo puede otorgarla el Rey, pero con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales* [artículo 62 i) de la CE]. Ejercer el derecho de gracia, la " *prerrogativa de gracia* " (artículo 87.3 CE) o la " *prerrogativa real de gracia* " (artículo 102.3 CE) corresponde constitucionalmente al Jefe del Estado, quien la ejerce conforme a lo que dispone la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio del derecho de gracia de indulto, modificada en parte, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, por la Ley 1/1988, de 14 de enero.

Conforme a ese esquema legal a los tribunales de este orden contencioso nos corresponde controlar que el ejercicio por el Gobierno de las facultades que le atribuye la expresada Ley se ajuste en forma escrupulosa a todas sus prescripciones, así como a los límites que marca la Constitución, pero no sustituir en cuanto al



fondo la decisión de conceder o denegar un indulto, ya sea total o parcial, ni otorgar medidas de gracia o, lo que sería equivalente, reconocer el derecho a que se concedan.

No nos es posible intimar al Consejo de Ministros con nuestras resoluciones para que conceda un indulto o para que proponga dicha medida para su concesión al titular de la prerrogativa de gracia.

Resulta, en síntesis, de lo expuesto que el control de la prerrogativa de gracia por medio del indulto está limitado en lo que corresponde a este orden de jurisdicción contencioso-administrativa *al procedimiento de gracia*, pero *no al resultado de ese mismo procedimiento*.

Se desestima por los razonamientos expuestos la pretensión de plena jurisdicción.

SEXTO.- La primera queja de derechos fundamentales que se formula por la recurrente pretende que anulemos el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, al sostener que habría vulnerado el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, que dimana del artículo 14 de nuestra Norma Fundamental, como consecuencia de la existencia de otros tres indultos, señalados en la demanda como término de comparación, concedidos con la oposición del tribunal sentenciador.

Se refiere, como se ha adelantado en los antecedentes, al indulto concedido a cuatro *moscos d'Esquadra*, que habían sido condenados por torturas, al indulto a varios condenados a penas de prisión por el llamado caso *Treball* de desvío de fondos y al indulto concedido por el Real Decreto 1668/2012 a don Jesús Carlos.

Esta pretensión de nulidad tampoco puede ser acogida.

La propia Constitución [artículo 62 i)], al prohibir *la concesión de indultos generales*, hace difícil la existencia de un canon de igualdad, en los términos exigibles para entender vulnerado el principio constitucional de igualdad. La esencia del poder de perdonar consiste en *tratar cada caso en forma singular* lo que, por principio, hace inviable el contraste entre casos o juicio de comparación que es necesario efectuar en toda pretensión de vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley del artículo 14 de la CE (por todas STC 188/1988, de 28 de septiembre, FJ 8).

Debe tenerse presente que la Ley del indulto de 1870 exige, como se reconoce en el propio escrito de demanda, que toda medida de gracia se conceda en forma individualizada, con pleno conocimiento de los hechos acaecidos y de todas sus circunstancias, después de un detenido estudio de las consecuencias que el mismo debe producir bajo el aspecto de la justicia, la equidad o la conveniencia social.

De estas circunstancias se sigue que, por regla general, no resulta posible establecer un juicio de igualdad basado en un *término de comparación* en materia de gracia, porque, a esos efectos, no hay dos casos que sean iguales.

En consecuencia, no es aplicable el canon de la igualdad que propugna la recurrente a los casos de indulto. Cualesquiera que sean las características de los casos que se contraponen, resulta, como bien precisa el Tribunal Constitucional que « *una cosa es la distinta valoración de las circunstancias de un caso que puedan hacer el Gobierno y el afectado, y otra que se estén vulnerando derechos fundamentales de quien fue condenado por la realización de un ilícito legalmente tipificado*» (ATC 360/1990, de 5 de octubre FJ 5).

Examinaremos, no obstante, con la motivación reforzada a que antes se aludió, el alegato que se plantea por la recurrente.

Prescindiendo a efectos dialécticos de la consideración general que se acaba de hacer -pese a que, como se ha dicho, es básica y consustancial a la prerrogativa de gracia- los tres términos concretos de comparación ofrecidos por la recurrente en este caso carecen de aptitud para establecer un juicio comparativo con relieve constitucional con el que somete a nuestra consideración.

Uno de los presupuestos del juicio de igualdad radica en que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean *homogéneas o equiparables*, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (Cfr., por todas, STC 51/2014, de 7 de abril, FJ 3). El único elemento de contraste que se ofrece por la recurrente entre los tres casos que invoca y el que ahora se enjuicia es el indicado de la existencia, en los tres casos que invoca, de la oposición del Tribunal sentenciador.

Entendiendo en el supuesto actual por Tribunal sentenciador a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Cfr., por todas, sentencias de esta Sala de 17 de marzo de 2014 (Rec. 53/2013) y de 28 de mayo de 2013 (Rec. 452/2012)), ya que casó la sentencia de instancia y dictó segunda sentencia, no se precisa en la demanda que, como señala el Ministerio Fiscal en su informe (recogido en el antecedente sexto de esta sentencia), la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2010 produjo un notable efecto reductor de la pena impuesta a la recurrente, lo que no consta acreditado en los demás precedentes. Se excluye de esta forma el juicio de



igualdad, sin necesidad de considerar otras circunstancias concretas -que la demanda no detalla-que tampoco resultan equiparables a la actual.

Las mismas circunstancias que se relatan en forma extensa en la demanda respecto del caso de la recurrente, y lo que la misma denomina clamor popular a favor de la concesión del indulto que solicita, llevan también a la conclusión de que los casos que trae a colación no resultan equiparables como elementos a contrastar en un juicio constitucional de igualdad.

Pero es que, en fin, como acertadamente señalan tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, los informes desfavorables en los que se apoya la argumentación de la recurrente son preceptivos pero en ningún caso vinculan al Gobierno, a quien compete en la legislación vigente elevar al Jefe del Estado las propuestas positivas de ejercicio del derecho de gracia.

Procede recordar, y confirmar, a este respecto lo que ha declarado esta Sala y Sección en la reciente sentencia de 30 de enero de 2014 (Recurso ordinario 407/2012; FD 5º):

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

Tampoco es, por último, término de comparación válido a efectos de un juicio de igualdad el caso resuelto por la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 20 de noviembre de 2013 que estimó el recurso (Recurso ordinario 13/2013) deducido contra la concesión de uno de los indultos invocados por la recurrente como elemento de comparación (el concedido por el Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, a don Jesús Carlos) en la medida en que, en aquél caso, se enjuició por esta Sala la conformidad a Derecho de una medida de gracia positiva mientras lo que ahora se examina es una denegación de la gracia solicitada. En el precedente que se invoca el indulto fue concedido, además, conforme al artículo 30 de la Ley de 1870, por un Real Decreto; en este caso fue denegado por un Acuerdo del Consejo de Ministros.

El examen de este tercer caso nos lleva al enjuiciamiento de la queja de falta de motivación de la denegación del indulto, que la recurrente aduce en segundo y último lugar.

SÉPTIMO.- Considera la recurrente que se ha vulnerado también por el acuerdo de Consejo de Ministros impugnado el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución , por carecer de una motivación expresa la denegación del indulto de la recurrente.

Opone el Abogado del Estado que este motivo de impugnación es una cuestión de mera legalidad ordinaria, excluida, por tanto, del procedimiento especial en el que nos encontramos.

La Sala no comparte esa objeción en este caso. Se invoca en la demanda como término de comparación el caso, ya citado, resuelto por la sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013 , en la que se anuló la concesión de un indulto precisamente por apreciar falta de una motivación formal. Esta circunstancia determina que la queja no sea inadmisibile por la razón que opone el Abogado del Estado. Resulta admisible formalmente vincular al artículo 14 de la Constitución , en relación con el artículo 9.3 de la Norma Fundamental, la comparación del caso de la recurrente con el resuelto en la sentencia del Pleno. El planteamiento que se efectúa por la recurrente es por ello correcto y admisible en este procedimiento de protección de derechos fundamentales, aunque ello no debe determinar que la queja deba ser acogida en un examen del fondo, aunque sí pueda tener consecuencias, conforme a lo que se dirá, respecto de las costas del proceso.

Como se ha razonado anteriormente aunque la decisión última de denegar o atender una petición de gracia no sea controlable en cuanto al fondo de la medida si lo es en lo que respecta al cumplimiento de todos los aspectos de procedimiento (artículo 106.1 CE). No hay un derecho subjetivo a la obtención del indulto, pero sí a que se respeten los límites constitucionales y legales impuestos al mismo y que se respeten todos los trámites de procedimiento exigidos legalmente para su concesión.

No objeta la recurrente en su demanda que se hayan cumplido todos y cada uno de los trámites de procedimiento que establecen los artículos 19 y siguientes de la Ley de 18 de junio de 1870. Esta Sala considera que los mismos han sido respetados en el caso, como se desprende de los fundamentos de hecho que hemos declarado probados en el FJ 2 de esta Sentencia. Esta circunstancia hace perder consistencia al alegato de vulneración del artículo 9.3 de la CE que se esgrime en la demanda.



La queja de ausencia de motivación se refiere a la inexistencia de una motivación formal de la decisión y, así, se aduce que no hay constancia en el expediente de que se haya discutido la cuestión en el Consejo de Ministros. Aparte de que ese alegato aparece contradicho por los datos que obran en el expediente, y que hemos declarado probados en el FJ 2º, apartado 7, la queja debe ser examinada teniendo en cuenta la comparación de este caso con lo resuelto en la citada sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de noviembre de 2013 .

Es cierto que dicha sentencia ha declarado la pertinencia de controlar, en los casos de ejercicio positivo de la facultad de indulto, la necesidad de motivación formal de las medidas de concesión del indulto. Sin embargo ese criterio no se extiende a los casos de denegación de las medidas de gracia. Así lo ha declarado esta Sala y Sección en la citada sentencia de 30 de enero de 2014 (Rec. 407/2012) cuya doctrina se confirma también en este extremo.

La referencia que se hace en la demanda al artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1870 , reformado por la Ley 1/1988, sobre las exigencias de motivación de las medidas de indulto no resulta aplicable a este caso. El artículo citado se refiere únicamente a los supuestos de concesión de los indultos, que se ha de efectuar formalmente mediante un Real Decreto que se inserta en el Boletín Oficial del Estado. Lo que se enjuicia en este caso es la denegación del indulto que no requiere esa formalidad, ni la existencia de una motivación formal, conforme a la redacción originaria y a la actual de la Ley de indulto de 1870.

Como se dijo en la citada sentencia de 30 de enero de 2014 , en los supuestos de concesión de indulto existe la oposición por la medida de gracia a lo dispuesto en una sentencia firme e irrevocable, lo que justifica que se deban respetar límites que no juegan ante la denegación de las mismas medidas de gracia, para las que nunca se exigió en la Ley de Indulto de 1870 una motivación. No existe tampoco, desde esta perspectiva, vulneración alguna del artículo 9.3 de la Norma Fundamental.

Se desestima este alegato.

OCTAVO.- El conjunto de los razonamientos que anteceden cumple necesariamente los requisitos de exhaustividad y congruencia que exige el artículo 218 de la LEC y el artículo 67.1 de la LRJCA , porque esta Sala no debe entrar a pronunciarse -y no lo va a hacer-sobre las razones de fondo que hayan podido llevar al Consejo de Ministros a denegar el indulto que se solicita en este caso.

No entra la Sala a valorar ni enjuiciar -positiva o negativamente-las circunstancias concretas en las que insiste la recurrente en una extensa narración de los hechos acaecidos que trata de apoyar, en cuanto al fondo, su petición de indulto. Dichas circunstancias afectan a la oportunidad de la medida de gracia que, como se ha razonado ampliamente con anterioridad, no corresponde enjuiciar a los Tribunales de este orden de jurisdicción.

Nuestro enjuiciamiento se ha ceñido en este caso, como en todos los demás referidos a la denegación de estas medidas de gracia, al cumplimiento por el Gobierno de todos los requisitos de forma exigidos en la Constitución y en el texto vigente de la Ley de 18 junio de 1870.

Con esta perspectiva, el recurso ha de ser desestimado.

NOVENO.- La desestimación del presente recurso no conlleva en este caso, a juicio de la Sala, la imposición de las costas procesales a la parte recurrente.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJCA consideramos que la invocación de la sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de noviembre de 2013 -que adoptó un criterio sobre la motivación formal de las medidas de gracia que hemos excluido en los casos de denegaciones de indulto-aunque no ha evitado rechazar las pretensiones formuladas por la recurrente refleja la existencia en el caso de dudas de Derecho que nos llevan a excluir dicha condena, máxime cuando al formular -correctamente-su pretensión en este aspecto no podía conocer la recurrente el criterio ya adoptado en la sentencia de esta Sala 30 de enero de 2014 (Recurso ordinario 407/2012).

En mérito de lo expuesto

FALLAMOS

1º) Que debemos desestimar, y desestimamos el recurso contencioso-administrativo número 002/159/2013, interpuesto por el Procurador don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de **doña Hortensia** , contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2013 que resuelve no conceder el indulto a doña Hortensia .

2º) Que no hacemos una expresa imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente.



Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos
D. José Manuel Sieira Míguez D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez
D. Nicolás Maurandi Guillén D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D. Celsa Pico Lorenzo D. José Díaz Delgado
D. Vicente Conde Martín de Hijas

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que, al amparo de lo dispuesto en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Celsa Pico Lorenzo al disentir parcialmente de la decisión adoptada por la Sección en la sentencia pronunciada el 6 de junio de 2014 en el recurso 159/2013.

PRIMERO .-Al igual que en el voto emitido en la Sentencia de 30 de enero de 2014 recaída en el recurso 407/2012, que seguimos básicamente, entendemos oportuno comenzar nuestro respetuoso voto disidente de la decisión mayoritaria de la Sala que entiende que en la ley de indulto nunca fue precisa la motivación (FJ Sexto) frente a decisiones denegatorias realizando una serie de consideraciones que ubiquen nuestro concepción de la institución del indulto para luego concluir que defendemos la necesidad de la motivación también en este caso.

Ha de subrayarse que el proceso se ha tramitado por la vía del proceso de protección de derechos fundamentales por lo que no está en discusión sólo un acto concerniente a una denegación de indulto sino la invocación del art. 14 CE, en relación art. 120 CE, motivación así como engarzado con aquel la interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3. CE.

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

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

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

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

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

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

No está de más recordar que, pese a que no era voluntad del enmendante suprimir la "motivación" sino exclusivamente proponer una tramitación preferente para los expedientes de indultos en que concurren determinadas circunstancias, aquella se produjo con ocasión de la presentación de algunas enmiendas para



corregir "defectos" observados en la proposición. (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 1987, 24 de septiembre) . Así la enmienda 6 al art. 30 propuso la sustitución de "Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros" por "Real Decreto" respondía a la motivación de "adaptación de terminología".

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

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

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

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

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

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

62. i), 87.3 in fine, 102.3. de la Constitución vigente.

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

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

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

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

Hasta fechas relativamente reciente el citado Decreto de 1938 ha desplegado su vigencia como si Ley fuera ya que ha venido sido invocado con absoluta naturalidad por los Reales Decretos otorgando indultos (Sirvan de ejemplo los RRD 651/1990 y 652/1990, de 18 de mayo tras varios años de vigencia de la Constitución



de 1978) con las mismas referencias que bajo el régimen preconstitucional de 1978, es decir bajo las Leyes Fundamentales del Estado dictatorial (sirvan de ejemplo los Decretos 3284 y 3285 de 1970, de 22 de octubre).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aquí la recurrente esgrime lesión del art. 14 CE en su denegación respecto de la concesión de una serie de indultos, de gran relevancia mediática, reflejados en el antecedente de hecho quinto de esta sentencia. Indulto. Coincidimos con la decisión mayoritaria en que no cabe a la jurisdicción ordinaria examinar en estos actos términos de comparación mas sí debe exigirse motivación.

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

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



de un centenar de expedientes de indulto respecto de los que finalmente aquel Consejo de Ministros acuerda no conceder la gracia sin individualización alguna.

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

SÉPTIMO . - Respecto a la aquí solicitante, cuyas vicisitudes procesales constan en el fundamento de derecho segundo, la proporcionalidad y la reinserción social parecen criterios que deben operar en la concesión/denegación de indultos.

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

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

No parece plausible que bajo la Constitución de 1978, y su art.

9.3. CE, siga siendo real lo escrito por Concepción Arenal, referido a la todavía vigente Ley de 1870 en su "El derecho de gracia ante la justicia", "Hay dos loterías nacionales a que se juega con monedas o con crímenes, logrando dinero o impunidad con el sorteo y el derecho de gracia". Contraria al derecho de gracia del que pidió su supresión subrayó que "no son los reyes los que ejercen el derecho de gracia, sino los ministros. Entre nosotros, por ejemplo, el rey no puede realizar la más pequeña conmutación de la pena si el decreto no está refrendado por el ministro de Gracia y Justicia y en Consejo de Ministros se resuelve. ..."

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-