

El indulto ante la justicia administrativa

Juan José Díez Sánchez

Sumario: I. Introducción y reflexiones previas.—II. Las líneas básicas que informan el control judicial de los actos políticos.—III. La doctrina jurisprudencial unánime y reiterada en torno al indulto y su control. III.1. La potestad de gracia y su cuestionable categorización. III.2. El alcance del control judicial.—IV. La nueva doctrina jurisprudencial. IV.1. La ruptura radical sentada por la sts de 20 de noviembre de 2013. IV.2. La conformación sistemática de la resolución. IV.3. La recharacterización del indulto como acto discrecional. IV.4. La exigencia de motivación ad hoc del indulto. IV.5. El alcance del control judicial de la motivación.—V. Consideraciones finales.

I. Introducción y reflexiones previas

El derecho de gracia o la prerrogativa real de gracia del indulto es una institución que, como bien se sabe, hunde sus raíces en los más antiguos sistemas jurídicos. Las características intrínsecas de ese derecho como su propia concepción y denominación, así como la atribución de la facultad a la máxima autoridad del Estado, las razones del otorgamiento, etc. no han sido inconveniente para que haya desplegado su vigencia en cualquier tiempo y sistema, y como tal se reafirmará también en el Estado de Derecho y por supuesto en su versión actual el Estado social y democrático de Derecho, donde aquellas seguirán siendo referentes para comprender lo que la gracia como indulgencia, clemencia o perdón de una previa condena penal ha representado en cualquiera de esas etapas históricas.

El Estado de Derecho deberá, no obstante hacer las oportunas adaptaciones con las que procurar conciliar tan singular prerrogativa con las exigencias que lo identifican, o lo que es igual, con el principio de división de poderes, con la sujeción de todos los poderes públicos a la Ley y al Derecho, y con la protección de los derechos y libertades fundamentales. El encaje y la integración en los distintos ordenamientos jurídicos de esta naturaleza se realizará con la mayor naturalidad, y dejando a un lado otras experiencias comparadas, bastará para atestiguarlo con recurrir al ejemplo de la historia del constitucionalismo español, que prácticamente siempre ha dispuesto de parcas y exiguas previsiones para reconocer la prerrogativa de gracia, encomendándola al Rey (salvo en el período de la II República) para su ejercicio con arreglo a las leyes.

Es difícil imaginar algún momento de la historia constitucional en el que no se haya puesto en tela de juicio la existencia de la potestad misma, en su caso no se haya cuestionado el poder que la ejerce, y no se haya denunciado su utilización y el uso abusivo que de ella hace el Gobierno (en tanto éste a través del Consejo de Ministros es quien la ejerce materialmente). Sin que, por otra parte, la regulación expresa de la gracia del indulto mediante una Ley como la vigente que data de 18 de junio de 1870 y sería modificada parcialmente por la Ley 1/1988, de 14 de enero (LI) donde se establecerán reglas para el ejercicio de este derecho (por cierto, avanzada, garantista y perfectamente homologable a cualquier norma de derecho comparado, al menos en el plano estrictamente formal, especialmente para su tiempo, pero también en el actual)(1), haya cambiado mucho aquel estado de la cuestión. Quizás, al contrario, con el paso del tiempo y los progresos, sobre todo en materia de derechos y libertades, todas esas cuestiones se han agudizado y amplificado, en algún caso tal vez demasiado.

Doctrina científica y jurisprudencia habrán aportado, cada una a su modo, de forma permanente opiniones, pareceres y decisiones que avivan la controversia. No será menor la que de siempre se ha suscitado en torno a la quiebra de la división de poderes y/o la perturbación del orden jurídico, tanto por la interferencia que ello representaría del Poder Ejecutivo en el ámbito reservado a las funciones exclusivas atribuidas al Poder Judicial, como por lo que comporta de dejar sin efecto una sentencia judicial firme. En ocasiones probablemente debido a planteamientos ideológicos o a otros de índole sustancial que propugnan un alcance más restrictivo de las razones que justifiquen el indulto, con los que atribuir la potestad al Poder Judicial. Aunque a la postre la incompatibilidad o la interferencia no deje de ser sino teórica y muy relativa, tanto porque la propia Constitución la reconoce (arts. 62.i), 87.3 y 102.3) y se supone que no es incongruente su texto al hacerlo con el reconocimiento a su vez de las exclusivas potestades al Poder judicial, cuanto porque el ejercicio de la gracia, dentro de ciertos márgenes legales, requiere de la previa y posterior intervención del tribunal sentenciador, al cual se reserva incluso la aplicación material y aún la posible inaplicación del perdón. Y, en fin, porque ninguna contradicción entre las funciones de cada uno de los poderes implicados en aquella división, ni ningún reparo u observación le han merecido al TC, cuando ha tenido y podido hacerlo, sino que, contrariamente, con su doctrina elemental al respecto ha consolidado su tradicional entendimiento, según veremos.

Esta última constatación puede servir igualmente, al menos en parte, cuando la controversia gira en torno a las funciones, a las causas del indulto o a las razones que deben amparar su utilización. Ello al margen, el mero hecho de una regulación como la que depara la LI, al margen de las espléndidas consideraciones que contiene su Preámbulo fundamentándola, denota a las claras el empeño de alejarse con la misma equidistancia tanto de la actuación *legibus solutus* del Poder Ejecutivo, como de asentar el mantenimiento de la concepción originaria de la clemencia, si bien por encima de cualquier otra consideración supone establecer que el indulto sólo es admisible

(1) En realidad el primero de los textos legislativos (y en la práctica el único, si dejamos al margen la Ley de 9 de agosto de 1973, de efímera vigencia) regulador de tan importante prerrogativa en el ordenamiento jurídico español, de carácter —para más *inri*— provisional. Hasta entonces, como se indica en la justificación, lo que existían era decretos «simplemente administrativos».

cuando se ajusta a la Ley. Se hace, pues, compatible la máxima libertad del Ejecutivo para ejercitar la gracia, con las limitaciones, límites y prohibiciones que impone y particularmente con las razones de equidad, justicia o utilidad pública, que libremente puede apreciar, y que en la versión primigenia de ley debe expresar en la motivación de las concesiones. Las pretensiones de reconducir las funciones y razones, de restringirlas y casi reglarlas, de juridificarlas y extraerlas del ámbito de la política o políticas, ni coincide con la configuración de la institución ni parece lógico ni conveniente, por más que el objetivo último sea garantizar así la tutela judicial y evitar que el indulto pueda servir a intereses espurios o arbitrarios.

En ese mismo orden, compleja y harto problemática se presenta la cuestión de preservar los derechos y libertades fundamentales, no sólo porque el derecho a la gracia no es un derecho subjetivo, sino porque otros derechos como el de igualdad o la prohibición de arbitrariedad, aparecen como incompatibles con la concepción libérrima y la oportunidad de la decisión, al margen de resultar muy difícil encontrar supuestos que permitan realizar el pertinente juicio comparativo. En este aspecto, habría que advertir la reserva ya mencionada que la LI atribuye a la justicia penal, que a su modo garantiza la tutela judicial, y que se justifica sin duda por los efectos de este tipo de actos gubernativos, pero que no deja de ser una singularidad y una excepción cuando se repara que otros actos gubernativos con los que puede identificarse o asociarse (como los políticos) hasta hace pocas fechas eran inmunes al control judicial. Este hecho —al margen del histórico— explicaría probablemente que en la ley (ni siquiera tras su reforma ya vigente la CE) encontrara cabida la intervención del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para atribuir a éste competencias que aquel no ostenta, aun cuando también pudiera explicarse al entender que con aquel protagonismo judicial era suficiente para preservar los derechos que en su caso pudieran vulnerarse por las decisiones del Gobierno.

Esa es una materia en la que también el encaje o integración ha hecho correr ríos de tinta —y lo seguirá haciendo— pues a la no poca confusión que existe en torno a los actos políticos y al exacto alcance de los límites de su control judicial, la institución del indulto presta muchas singularidades y de diferentes características, al margen de las que tienen su origen en la regulación legal. De ahí que se conjunten múltiples factores: como la oportunidad de la decisión unida a la propia libertad decisoria y las razones que en su caso la fundamenten, incluido su carácter jurídico o político; las que guardan relación con las distintas concepciones en torno a la naturaleza del acto y las diferencias que a su vez deben tenerse en cuenta entre los actos de concesión y los de denegación; las debidas a la exigencia o no de motivación —ya porque lo imponga o no la LI como ley especial, ya derive la obligación de la ley general de régimen jurídico, o constituya una exigencia constitucional—, o al contenido en su caso de la misma. Todos ellos, por otro lado, unidos a los que pueden encontrarse en la doble competencia ya adelantada que ejercitan las jurisdicciones penal y contencioso-administrativa, y los que en conexión con esta última derivan de la problemática del acceso a ella, y que a partir de la admisibilidad de los recursos plantean la recurrente problemática de la fiscalización, tanto en su extensión como en su intensidad, particularmente para evitar la supuesta o real arbitrariedad en que incurre la impugnada decisión del Gobierno.

El análisis y valoración de la evolución y progresos de la jurisprudencia contencioso-administrativa será el objeto esencial de nuestra atención, procurando exponer

las y compararlas con los principales planteamientos doctrinales(2). Antes de eso nos permitimos unas reflexiones generales, para entre cosas evidenciar, al margen de cualquier otra consideración, la vigencia y apogeo de la figura así como el interés político en mantenerla(3), con independencia de reformarla y pudiendo corregir algunas de los reparos que se hacen a la actual regulación y adaptarla a algunos otros requerimientos del ordenamiento jurídico. Extremo que parece desplazar anteriores tesis abolicionistas, y que al no proponer la introducción de cambios trascendentales apunta el pleno sentido con el que logrado superar la condición de institución anacrónica.

Pero dejando al margen una futura reforma de la LI, de mayor o menor profundidad en los diferentes planos sustantivo y procedimental que a buen seguro se acometerá en algún momento —por más que sea en extremo delicada y sensible por lo que parece dada la trayectoria legal al respecto—, es lo cierto que esta figura se percibe muy problemática y preocupante. En buena medida como consecuencia de los avances que plantean los controles sociales, la presión mediática y la progresión de la fiscalización judicial, ante lo que se considera un uso abusivo, desproporcionado o arbitrario de dicha prerrogativa por los gobiernos, abocada de ordinario a ser considerada discriminatoria cuando no calificada de fraude, incluso dentro del propio seno judicial(4) Mucho tiene que ver como justificación, el acceso hoy a la información y conocimiento de los indultos concedidos y su sistematización y tratamiento por los medios de comunicación, como igualmente los avances y progresos que la sociedad civil proyecta con el objetivo de controlar en forma difusa a sus representantes políticos. Pero mucho más guarda relación con la opacidad y secretismo con que se actúa en asuntos que hoy requieren de mayor transparencia, y que demandan conocer las razones de la concesión como de la denegación, buscando que ello conste en los acuerdos del Consejo de Ministros, sea público o se pueda acceder públicamente, y en cualquier caso pudiendo advertir que no se han utilizado otras razones que las legalmente previstas y que con el mismo rasero se han tratado unas u otras peticiones. Y desde luego con el empleo nada excepcional que de la gracia de indulto realizan los sucesivos gobiernos, con las mismas o análogas premisas(5), por los datos cuantitativos

(2) Remito al respecto a: AGUADO RENEDO, César. *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Civitas. Madrid, 2001; del mismo autor «La clemencia vinculada por el Derecho», en *Revista de Derecho Público*, UNED, núm. 74, 2009, pp. 335-351; CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio. «Alcance, límite y control de la prerrogativa de gracia (consideraciones en torno al indulto de Gómez de Liaño)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, 2001, pp. 207-246; DOVAL PAÍS, Antonio y VIANA BALLESTER, Clara. «El indulto, a revisión. Razones y propuestas para una modificación legislativa», en *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, núm. 43, 2014, pp. 40-55; GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. «La resolución en el procedimiento de indulto particular», en *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 16, 2010, pp. 53-68; LINDE PANIAGUA, Enrique. *Amnistía e indulto en España*. Tucar. Madrid, 1976, y del mismo autor «El indulto como acto de Administración de Justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 5, 2000, pp. 161-175; LOZANO, Blanca. «El indulto y la amnistía ante la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II, Civitas. Madrid, 1991, pp. 1028-1051.

(3) Véase en DOVAL PAÍS y VIANA BALLESTER, *cit.*, p. 44, las iniciativas o proposiciones de ley presentadas en sede parlamentaria.

(4) Véase manifiesto judicial de 29 de noviembre de 2012 suscrito por hasta 200 Jueces y magistrados, titulado «Contra el indulto como fraude. En defensa de la independencia judicial y de la dignidad».

(5) Véase al respecto previsiones constitucionales y sistemas de derecho comparado en la obra citada de AGUADO RENEDO, p. 32 y siguientes.

que se manejan (6), que con independencia de lo relevantes que resulten quedan oscurecidos cuando se conectan con algunas de esas conmutaciones de mayor relevancia y repercusión social. En el subconsciente colectivo, toda decisión que no se halla motivada o cuyo motivación es una pura fórmula de estilo —como las que se suelen emplear en las concesiones de indulto— es sinónimo de arbitrariedad (ya sea entendida en el sentido de decisión injustificada ya en el sentido de quebrantar el principio de igualdad) y debe ser reparada por los tribunales correspondientes como en cualquier otra decisión que proceda del poder público.

Nada se ha hecho para mejorar la transparencia a ese nivel general o particular en la ley específica que se ha promulgado recientemente (7), y tampoco mucho vía parlamentaria aunque consten las explicaciones que se suelen dar al respecto por el Ministro de Justicia responsable de estos asuntos. La impresión de que incluso se hubiera reconocido una mayor opacidad al privilegio gubernativo con aquella reforma legal carece de sentido si en la práctica la transparencia o motivación y publicidad de las razones siempre han sido inexistentes o se han realizado mediante fórmulas de estilo, y menos aún si era impensable control judicial alguno de las mismas. Cierto que la exigencia de motivación de las razones, no parece que se oponga conceptualmente a la naturaleza de la gracia ni como acto graciable ni como político o discrecional, aun cuando sólo sea por el hecho de que la gracia no tiene porqué entenderse ayuna de razón que la explique y justifique en aras de la transparencia; otra cosa es el contenido que deba incorporar para servir fielmente a esos propósitos y cuestión diferente es que la misma sea objeto del control judicial contencioso-administrativo. Aspectos todos ellos que mucho tienen que ver con los funciones, finalidades o causas a las que puede servir el indulto, por mucho que se pretenda resumir en la justicia material, y que podrán ser evidentes cuando la propios órganos de la justicia los avalen, pero que en todo caso deben contribuir a alejar los fantasmas del trato de favor, del capricho o de la pura arbitrariedad, ya sea en la concesión como en la denegación.

Por su parte, en sede jurisdiccional, se habría reconocido el acceso a la tutela judicial efectiva a través de la jurisdicción contenciosa, lo que ya significaba un paso de enorme trascendencia, aunque los resultados pudieran parecer frustrantes. De este modo, se procedería a efectuar un control especialmente singular de estos actos, limitado a los actos reglados, aún sin constar motivación de la decisión gubernativa. En fechas recientes, sin embargo, la Sala 3ª dará un paso espectacular que pondrá a prueba las costuras de la institución y también el traje de la Constitución como norma que cobija tanto aquella como la interdicción de la arbitrariedad.

Se abre de esa forma una nueva y capital interrogante con la que supuestamente contrarrestar el privilegio gubernativo en las concesiones de indultos, no exenta de lecturas críticas tanto por seguir entendiendo que pueda ser insuficiente —al interpretarse que el ordenamiento jurídico en cualquier caso no admite que todo fundamento de la interdicción de la arbitrariedad es residenciable y subsanable, por principio, a través de esta vía— como en el lado opuesto por estimar que es un nuevo activismo judicial que excede su ámbito competencial y no se compadece con las funciones que

(6) Véase al respecto, entre otros, LOZANO, *cit.*, p. 1044 y AGUADO RENEDO, *cit.*, p. 48. Sobre las cifras de los indultos otorgados en los últimos años, facilitados por el Ministerio de Justicia, véase Actualidad Iustel RI 1119966.

(7) Véase la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

corresponden a la justicia ni con las concepciones del derecho de gracia. Cuando del ejercicio de la gracia se trata o no cabe hablar de arbitrariedad o la misma debe depurarse si acaso por otras vías como las del control social o la parlamentaria. No cabe rasgarse las vestiduras por ello, pues la reparación o freno a los abusos no puede corregirse judicialmente al ser los indultos actos de pura voluntad, infiscalizables sustancialmente. Lo habría admitido así el legislador aun cuando su pretensión fuera no quebrantar «la recta administración de justicia, el prestigio de los Tribunales y la misma moralidad y orden público». En otros términos, y a pesar de ese hipotético doble control judicial los gobiernos pueden cometer abusos e incurrir en presuntas arbitrariedades, cuantitativos y/o cualitativos, al ejercitar este derecho, sin que frente a ellos pueda la justicia ser el remedio, o el único remedio. En algunos casos extremos sí y podrá convenirse que, al margen de las reservas que puedan merecer los planteamientos jurisprudenciales en que se sustentan, su admisión podría ser comprensible.

Por más que para unos resulte un contrasentido y aún para otros repugne una conclusión como esa, entre otras razones por representar una realidad innegable lo poco que se ha evolucionado en el control judicial de estas decisiones, e incluso por advertir palmarios pasos atrás respecto a los propósitos presentes en la letra y en el espíritu de la legislación decimonónica. Podrá ser cierta esa continuidad e incluso la ruptura con la misma, dependiendo de las interpretaciones y el alcance que merezcan «las más capitales prescripciones y los principales fundamentos en que descansan» dichos propósitos expresados en su Preámbulo. Ahora bien, al reparar en ellos se tiene clara conciencia de que tan loables fines no pueden entenderse sino como magnos deseos, típicos de tantas y tantas disposiciones legislativas, que más pronto que tarde resultan —en todo o en parte— hueros de significado y quedan como brillantes esfuerzos de razonamiento político, o desplazados por la inercia de otras realidades que toman de ellos sólo lo que sirve a los intereses prevalentes en cada circunstancias histórica. Sea como fuere, el Sr. Ministro de Gracia y Justicia de la época elaboró un discurso teórico irreprochable que pasaría a ser Preámbulo legal, en el que es posible advertir que sin desconocer el sentido de la prerrogativa la encierra o regula con suficientes cortapisas como para que parezca que la decisión a adoptar se halla igualmente equidistante de lo que hoy consideramos tanto un acto administrativo como un acto político. Es más, ninguna de esas expresiones utiliza y, ello no obstante, no cabría por ello decir que se inclina por que la decisión aparezca como el acto desnudo de limitaciones, sino antes al contrario como el acuerdo del Gobierno (favorable o desfavorable) más sensato, razonado y justificado y sustentado única y exclusivamente en suavizar el rigor característico de la justicia, tras un procedimiento que garantice el acierto de la decisión y con esa confianza se haga público. No cabría dudar, por ello, en la incidencia que todas esas ideas de base habrían de tener a la hora de decidir lo que debe ser concedido y lo que no debe serlo, que rectamente interpretadas son susceptibles de reducir el decisionismo gubernativo tanto de lo que debe ser concedido como de lo que no debe serlo.

Pero más allá de lo que se quiera deducir de ese deber ser y los ya citados límites en los que la justicia penal está legitimada a intervenir, bien parece que apela a la autocontención gubernamental y a reconocer que es una actuación absolutamente política en el pleno sentido de la expresión, de la que no debe responder sino por los cauces políticos (representación parlamentaria, electores), porque al igual que otras de esa naturaleza tiene que ver con las decisiones de conciencia, con la ética pública o con otras encomiables finalidades que cualquier gobernante sabe de la relevancia de su manejo.

Esa continuidad es poco esperable y, seguramente no deseable, que se trastoque más allá de cuestiones técnicas, formales y procedimentales en una futura ley (8).

II. Las líneas básicas que informan el control judicial de los actos políticos

Según adelantamos en otro momento (9), tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, resultaba apreciable la ausencia de tensiones y la normalidad con la que progresivamente se afianza el acceso a la justicia y el control por ésta de los llamados *actos políticos*, así como la falta de novedades a partir de la entrada en vigor de la LJCA que incluiría en su art. 2.a) a dichos actos como objeto de revisión por ese orden jurisdiccional. Ello podía deberse al hecho de que la Sala 3ª no había tenido la oportunidad de enfrentarse a asuntos tan sensibles como aquellos de que se ocuparon las mencionadas sentencias, cuya influencia en la transformación del entendimiento con el que debía actuarse respecto a esos actos era notoria, como es bien sabido. Debido a esta circunstancia, con posterioridad a la entrada en vigor de la ley jurisdiccional el excelente parecer doctrinal que expusiera la STS de 15 de julio de 1997, acerca del alcance del control judicial del acto político, será reiterado y aplicado, como igualmente el que lo complementaría con el ATS de 3 de diciembre de 1998 profundizando en las técnicas de control de los elementos reglados y los conceptos judicialmente asequibles, pero sin advertir alteraciones ni supuestos de especial significación.

Rechazando que en la idea del Estado de Derecho pueda justificarse la ausencia de todo control de las decisiones de esa naturaleza (10), esa jurisprudencia intenta, al margen, establecer criterios delimitadores entre el acto político como acto distinto al acto administrativo discrecional, por derivar de la función política, para ejercitar en forma diferenciada el control judicial (11). Lo que de entrada no impedirá sino al contrario impondrá a los órganos judiciales rechazar la inadmisibilidad de los recursos, reservándose la justicia determinar, según la STS de 26 de noviembre de 1999, el carácter político o administrativo del acto recurrido, al menos a los efectos de ese control cuyo contenido suscita dificultades de entendimiento, atendiendo precisamente a su carácter. La heterogeneidad junto a la inevitable complejidad o la especial naturaleza de algunos de esos actos por los intereses en juego, la posición del Gobierno y el respeto de la división de poderes que a cada uno corresponde, al margen de las diferentes prescripciones normativas que, en su caso, enmarcan las respectivas potestades, se pondrán de relieve en el alcance y la intensidad del control judicial de las decisiones gubernativas, así como en las

(8) Las iniciativas parlamentarias conocidas confirmarían esta idea.

(9) Véase DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. «El control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, monográfico, 2012, sobre el Control judicial de las Administraciones Públicas, coordinado por el profesor Tomás QUINTANA LÓPEZ, pp. 49 a 75, y a mayor abundancia la monografía *Razones de Estado y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

(10) No puede admitirse en nuestro Derecho (teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 9.1. y 24 CE) que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y en consecuencia actos de los mismos exentos del control judicial (ATS Pleno Sala 3.ª de 14 de enero de 1993).

(11) Acerca de la confusión existente tanto en relación con la naturaleza de los actos del Gobierno como acerca de su residenciabilidad ante los Tribunales, ya sean ordinarios o el propio TC, véase voto particular del Magistrado Eduardo ESPÍN TEMPLADO a la STS Pleno de 2 de diciembre de 2005.

técnicas y principios con los que se hace efectivo y, en definitiva, la delimitación de lo que en su caso sea el contenido político o núcleo de éste infiscalizable.

Se adaptarán así casuísticamente al caso enjuiciado (o si se prefiere al conjunto de asuntos que por razón de la materia responden al mismo ámbito de potestades gubernativas), y, por otro lado, con la prudencia y cautela de no sustituir aquello que, en cuanto auténtica cuestión política, es de la exclusiva responsabilidad del gobierno, y sólo él puede decidir con la máxima discrecionalidad. El tratamiento judicial no resultará por ello homogéneo más allá de los conceptos judicialmente asequibles, entendidos como elementos reglados y como requisitos objetivos, bien que no alcance nunca un control de plena jurisdicción. No será fácil apreciar la línea divisoria que determine, ni siquiera en relación con todos los aspectos que debe abarcar la verificación de la regularidad formal, el alcance y la intensidad de la fiscalización y en particular si puede alcanzar, en algunos casos, la valoración de la decisión gubernamental en tanto afecte a otros derechos o valores constitucionales. La equiparación, en principio, con el control de los actos discrecionales en cuanto a extensión e intensidad, dependerá de los requisitos, criterios o conceptos judicialmente asequibles que depare el ordenamiento jurídico y que la jurisprudencia convenga ajustados al mismo y a la concreta función política objeto de enjuiciamiento (caso de la desviación de poder). Podrá ser preciso entrar a valorar la razonabilidad y/o racionalidad de la decisión, si los tribunales han de aplicar las facultades judiciales para el conocimiento de las cuestiones en relación con la protección de los derechos fundamentales.

Es razonable pensar que esa solución, que posibilita que el órgano judicial anule un acto del Gobierno cuando sea necesario para eliminar la lesión a un derecho fundamental que el acto haya producido, o incluso, como en el caso extremo de la sentencia de los secretos oficiales decidir sobre el fondo sin limitarse a anularlo por entender que el Gobierno no tiene ninguna posibilidad de opción y su discrecionalidad está reducida a cero, no fuera lo que el precepto citado de la LJCA pretendiera con equívoca redacción. Pero resulta poco realista imaginar que esa tutela pueda ser efectiva de no enjuiciar —hasta cierto límite— el fondo, o de realizar el juicio de ponderación de los componentes «políticos» de ese acto para preservar los derechos fundamentales que puedan estar en juego. Valoración que alcanzará a decidir, con posterioridad, si el mismo lesiona o no derechos fundamentales, y dentro de este enjuiciamiento, si dicha lesión es prevalente o no sobre los bienes que con el acto político se pretende amparar, sin que el Tribunal sustituya el criterio político. Todo ello no hace sino poner de relieve la práctica imposibilidad de establecer *a priori* dónde se sitúa el límite infranqueable que el juzgador no puede traspasar sin invadir las funciones del Poder Ejecutivo o el principio de división de poderes. La inseguridad jurídica derivada de la falta de un criterio determinante para delimitar qué actos son políticos en todo caso, como la ausencia de criterios generales en cuanto a esa revisión para todos los que se incluyan en esa categorización, es consustancial y entiendo que insalvable, incluso de existir una enumeración exhaustiva de decisiones con todas las matizaciones por parte del legislador.

Pues bien, aquella falta de novedades durante un relativamente largo período se ha quebrado con las que depara —sobre todo— la STS de 20 de noviembre de 2013, rec.13/2013, en materia de indulto. Cabe entender, salvando ciertas distancias, que esta resolución tiene una trascendencia equiparable a algunas de las decisiones judiciales adelantadas, con las que por otra parte engarza para hacer efectiva una profundización en la capacidad de control judicial de las decisiones relativas al ejercicio del

derecho de gracia por el Gobierno. Trascendencia y novedades no tanto por suponer introducir nuevas consideraciones abstractas en cuanto a la formulación de dicho control jurisdiccional, ya que parte de respetar y llevar a sus últimas consecuencias las técnicas judiciales de control de la discrecionalidad en función de la naturaleza de los actos de indulto, hasta el punto de considerar indiferente su calificación como acto político, reconociendo no obstante las especiales limitaciones que se imponen a ese control precisamente por su naturaleza singular o de máxima discrecionalidad, sino por otras razones que son las que pretenden lograr que estas consideraciones no impidan que la justicia administrativa se limite a fiscalizar exclusivamente los aspectos puramente procedimentales o formales, para garantizar el principio de interdicción de la arbitrariedad —también— en dicha materia. En este sentido representa una novedad indudable, por una parte, en cuanto supone de ruptura o de cambio de criterio respecto al que de forma prácticamente unánime aplicaba la doctrina jurisprudencial en torno a la revisión de este tipo de actos; pero, asimismo, en cuanto impone la motivación de las decisiones del Gobierno —en concreto, los acuerdos de concesión de indultos, como deducen posteriores decisiones judiciales según indicaremos, aunque no sea tan evidente en el texto de aquella sentencia— transformándose por ello en realidad en un legislador positivo en la medida en que fuerza la interpretación legal, y sobre esa base, se autotorga la facultad para controlar el cumplimiento por el Gobierno de los requerimientos legales y poder así fiscalizar esencialmente que aquellas decisiones no conculcan la interdicción de la arbitrariedad. Bien puede hablarse por ello de creación jurisprudencial, o de evidente activismo judicial por más que se creyera que éste había decrecido, y bien puede entenderse que sirva por ello de justificación reforzada para este trabajo (12) centrado en esa jurisprudencia y en la problemática del ejercicio de la gracia y su compatibilidad con los derechos fundamentales como el de tutela judicial, de igualdad o con la interdicción de la arbitrariedad.

III. La doctrina jurisprudencial unánime y reiterada en torno al indulto y su control

III.1. La potestad de gracia y su cuestionable categorización

La controvertida naturaleza jurídica del indulto ha venido lastrando cualquier pronunciamiento explícito de la jurisprudencia hasta hace pocas fechas en el que ha explotado con estrépito (13). Con algún reparo se podría sostener que en la primera

(12) Dejamos, pues, a un lado, el control judicial que corresponde al orden jurisdiccional penal, en particular al órgano sentenciador al que ha de encomendarse indispensablemente la aplicación de la gracia (art. 31), y al que la LI impone expresamente no ejecutar el indulto (en los supuestos previstos en los arts. 5 y 17); así como otros controles, como los parlamentarios. *Vid.*, entre otros, los pareceres de ARAGÓN, Manuel, en Prólogo a la obra citada de AGUADO RENEDO, p. 18, así como los de este último, pp. 192 y ss.

(13) La corta historia de esa jurisprudencia puede verse reflejada en el inicio del FJ Séptimo de la STS de 20 de noviembre de 2013 ya citada, donde se enumeran las distintas resoluciones y los recursos de que traen causa. Si bien contiene el error de incluir la STS Pleno de 26 de noviembre de 2009, rec. 585/2008, que en realidad resuelve un caso de responsabilidad patrimonial imputable al TC por dilaciones indebidas. A ellas deben agregarse únicamente las tres posteriores dictadas en 2014: SSTS de 30 de enero, rec. 407/2012, 17 de marzo, rec. 53/2013, y de 4 de junio, rec. 159/2013. En el trabajo se citan únicamente por su fecha.

sentencia sobre esta materia (la de 21 de mayo de 2001) se consideraba un acto político no por explicitar esta calificación sino en cuanto se asocia con la política penitenciaria (otro tanto las SSTS de 27 de mayo y 3 de junio de 2003); pero lo cierto es que, básicamente a partir de la sentencia de 11 de diciembre de 2002, lo que sí quedará claro es que no es un acto sujeto al Derecho administrativo, calificándose como un derecho de gracia, sin más, en la sentencia de 3 de junio de 2004. La mayoría de las posteriores sentencias mantendrán esa apreciación de que *constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales*(14), en tanto por medio la STS Pleno de 2 de diciembre de 2005, sostendrá que el acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es, en principio, dadas las características con las que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno. Así no cabe considerar que se trate de actos sustancial, esencial o eminentemente políticos (15), en tanto no constituyen *per se* decisiones que necesariamente impliquen —en principio— una nueva orientación política, en tanto no tienen por qué condicionar, comprometer o impedir las que deba adoptar el futuro Gobierno, y de ahí que dicha prerrogativa se integre en el concepto de «despacho ordinario de los asuntos públicos», como actividad que sí puede realizar el Gobierno en funciones (arts. 101 CE y 21 LG). Si bien dicha caracterización general a los efectos de las exclusiones de aquella noción que contempla la Ley del Gobierno, admite no obstante que caso por caso, y teniendo en cuenta distintos factores, el propio Tribunal se reserve apreciar si tiene o no aquella cualidad (FJ Décimo).

No hay en ninguna de esas resoluciones una expresa caracterización de estos actos como políticos, en tanto parece que todos los pronunciamientos se han cuidado sobremanera de utilizar dicha expresión no tanto, seguramente, por razones dogmáticas cuanto por un sentido pragmático relacionado con el objetivo del control que a esta jurisdicción corresponde. Tendríamos así la lógica conclusión de que sin discusión se admitiría su entendimiento —positivo— como ejercicio del derecho de gracia y en —negativo— su no conceptualización como acto administrativo, a lo que puede añadirse que más allá de ello se considera distinto o diferente a los actos discrecionales. Sin embargo, recientemente se decidirá invertir la caracterización con todas las consecuencias teórico-prácticas, al concebir la decisión de indultar o denegar el indulto como un típico acto de Gobierno(16) o con los conocidos convencionalmente como actos políticos («actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos»). En esa tesis —de la STS de 20 de febrero de 2013, FJ Octavo— se precisaría no obstante que «es incluso diferente de otros actos políticos, para evidenciar que en el indulto existe una previa regulación normativa que enmarca la facultad, a diferencia de otros actos que son propios del Gobierno en su función de dirección

(14) SSTS de 16 de febrero de 2005, de 28 de abril de 2009, de 5 de mayo de 2009, 7 de mayo de 2010, 14 de mayo de 2010, 24 de septiembre de 2010, 2 de mayo de 2011, 25 de enero de 2012 o 23 de enero de 2013.

(15) Expresiones como de «especial y relevancia y trascendencia política», o de «hondo calado político y constitucional», son calificados en algunos votos particulares a la STS Pleno de 2005 Otros votos particulares, por el contrario, entenderán insuficiente la distinción entre actos políticos y actos administrativos que hace la mayoría.

(16) STS de 12 de mayo de 2011.

política del Estado, en los que la Ley no prefigura normalmente ni su extensión ni su contenido y sólo la Constitución les da cobertura» (17).

Será precisamente en esta última Sentencia donde mayores explicitaciones encontraremos acerca de esta potestad y su caracterización, valiosas para enmarcar su ejercicio y su significado. Es ahí donde en referencia a su sentido en relación con el principio de división de poderes, se entenderá 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 de ha de estar rodeado de cautelas y límites, con objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden jurídico (...)» (18). Se advertirá, pues, su compatibilidad en el plano abstracto y en tanto no ha sido nunca puesta en duda por la justicia constitucional, aun cuando sí pueda serlo en el caso concreto, pues el TS evidencia que no contradice el Estado de Derecho «un ejercicio adecuado de la clemencia, con los importantes márgenes de libertad no fiscalizables, de que dispone el Gobierno». Por otro lado, en esa misma sentencia se enfatiza la significación de la regulación legal del indulto, así como la finalidad y justificación de esta prerrogativa excepcional al exigir que la misma «sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma como Estado de Derecho, sujetándose al principio de legalidad, con lo que ello supone de *límite* pero también de presupuesto habilitante»; o que «el indulto es esencialmente un producto jurídico que se justifica en virtud de la atribución normativa precedente que sirve para condicionar la extensión y límites de su ejercicio, aunque lo sea con un amplísimo margen de libre decisión»; añadiéndose 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 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»; o que son «la Constitución y la Ley las que proporcionan el atributo de la clemencia al Gobierno y es esta última la que fija hasta donde su ejercicio puede producir efectos jurídicos en sentido positivo». La justificación de esa prerrogativa y sus efectos se encuentra «en el intento de consecución de la justicia material del caso concreto inspirado en el valor justicia (art. 1 CE)» (19), pues esa es precisamente la razón de que exista la figura del indulto a fin de permitir compatibilizar las exigencias de la justicia formal con la de la justicia material del caso» (20).

(17) Caso de la extradición pasiva, teniendo en cuenta lo que establece expresamente el art. 6.2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, que regula esa modalidad de extradición.

(18) Otros análogos calificativos en los votos particulares a la STS Pleno de 2 de diciembre de 2005, por entre otras razones suponer la derogación con efectos retroactivos de la aplicación de la norma penal por los tribunales de justicia, o una excepción al principio de cumplimiento de las sentencias judiciales proclamada por el art. 118 CE al dejar sin efecto, total o parcialmente, lo dispuesto en una sentencia firme, o una especie de «contrasentencia».

(19) Dicha justificación, como se advierte en la propia sentencia, proviene de la afirmación contenida en el ATC 360/1990, FJ Décimo, en el que también se justificará por el hecho de que «determinadas circunstancias fácticas pueden dar lugar a que, en ocasiones, las penas impuestas como consecuencia de un ilícito pierdan total o parcialmente su significado legal y constitucional».

(20) Consideración abstracta, que en todo caso, se pondría a prueba con las diferentes funciones, finalidades o causas a las que pudieran ser debidas las concesiones de indulto. *Vid.*, al respecto las interesantes consideraciones que se hacen en algunos de los votos particulares a la STS Pleno de 2005.

Antes y aún al hilo de esta jurisprudencia, la doctrina científica pondrá de manifiesto las múltiples y diversas concepciones en torno a la institución y su difícil categorización jurídica (21), subrayando su carácter con diversidad de pareceres que comprenden desde su equiparación a las funciones jurisdiccionales a la de los actos discrecionales, coincidiendo en no catalogarlos como actos políticos (22). Al margen resaltarán su consideración como una medida excepcional, en tanto referida a la interferencia en las funciones constitucionales atribuidas en exclusiva al Poder Judicial, bien que los efectos de la misma no puede impedir el reconocimiento de que se trata de una potestad que quiebra con autorización constitucional el principio de separación de poderes (23), pues no deja de ser una excepción que previamente ha consignado la propia Constitución y que, por tanto, requiere entender que la potestad atribuida al Rey con «arreglo a la ley», es compatible con aquella otra (24). Otras consideraciones tendrán en cuenta, la excepcionalidad de la medida y su finalidad desde otra perspectiva (25), por más que la utilidad del indulto resulte ampliamente controvertida más allá de las previsiones en que pretende enmarcarla la ley reguladora, lo que es común asociar con la finalidad reparadora, individualizada o referida al caso concreto, en esencia teniendo en cuenta las propuestas que proceden de los propios tribunales sentenciadores.

Existe pues un notable antagonismo en la caracterización del indulto, doctrinal y jurisprudencial, y una más que evidente polémica a la hora de determinar la finalidad del indulto, o por mejor decir, los presupuestos que permitirían al Gobierno ejercitarla. Se trata de una cuestión central, que la CE remite a la Ley pero que ésta no precisa en modo alguno, por más que en ella quepa hallar invocaciones genéricas con algún sentido delimitador, en las razones de equidad, justicia y utilidad pública, conceptos todos ellos indeterminados. Lo que dejaría al Gobierno de turno valorarlos o utilizarlos cuando lo juzgue indispensable para cumplir muchos cometidos —de uno u otro tipo de políticas en sentido amplio o eufemístico incluso—. No parece posible llegar a un consenso ni en cuanto a una sola política ni en cuanto a una sola finalidad. No es dudoso que esa es (o de esa forma puede entenderse) también de acuerdo con la doctrina constitucional y jurisprudencial contencioso-administrativa, que no tendría verdadera trascendencia a la hora de fiscalizar las concesiones.

(21) Véase en LOZANO, *cit.*, p. 1045, referencias a las diversas tesis al respecto, llegando a la conclusión de que la institución del indulto mantiene en nuestro ordenamiento su naturaleza singular, difícilmente categorizable jurídicamente, por lo que en su opinión sólo puede concebirse como una medida excepcional destinada a proveer situaciones igualmente excepcionales.

(22) Véase CARRILLO DONAIRE y GUICHOT REINA, *cit.*, p. 224, y asimismo voto particular del Magistrado Jorge RODRIGUEZ-ZAPATA a la STS Pleno de 20 de noviembre de 2013, y el FJ 4º de la STS de 6 de junio de 2014 de la que es ponente, en el que se atribuye al indulto ese mismo carácter jurisdiccional. Asimismo LINDE PANIAGUA, *cit.*, p. 185, y LOZANO, *cit.*, pp. 1049-1050, que coinciden en que por la propia naturaleza de la institución su otorgamiento se configura como una facultad esencialmente discrecionalidad en cuanto a la oportunidad de su concesión y la extensión del beneficio. Por su parte, para AGUADO RENEDO, *cit.*, pp. 210-211, resultaría claro que se trata de un supuesto de discrecionalidad, desde el momento en que, en cada caso sometido a su consideración, tiene varias posibilidades para elegir.

(23) «Anomalía, al menos teórica, en un Estado de Derecho...», dirá ARAGÓN, *cit.*, p. 17; «Antinomia jurídica» según LOZANO, *cit.*, p. 1029, entre otros.

(24) AGUADO RENEDO, *cit.*, p. 67, considera que tal interferencia sería un problema insalvable sino mediaran otras previsiones constitucionales, por lo que deja de serlo al preverlo la propia Constitución; por lo que es una interferencia constitucionalmente autorizada.

(25) Véase LOZANO, *cit.*, pp. 1046-1047 y CARRILLO DONAIRE- GUICHOT REINA, *cit.*, pp. 208 y 227.

III.2. El alcance del control judicial

Para entender cabalmente el alcance del control judicial que nos ocupa, es necesario partir de los recursos de amparo interpuestos directamente contra la decisión del Consejo de Ministros denegatoria de los indultos, resueltos negativamente por los AATC 360/1990, de 5 de octubre y 278/1997, de 16 de julio. Con ellos se vendría a reconocer que el ejercicio de esta prerrogativa se fundaría en motivos de simple oportunidad, por lo que no serán fiscalizables sustancialmente las decisiones, esto es, «el control no podrá afectar a lo *sustancial* de la medida graciosa; o lo que es igual, a su oportunidad misma, ya que este terreno el Gobierno goza de un *amplio margen de discrecionalidad*». No tendrá tampoco ninguna relevancia que en el caso existan informes favorables tanto del Fiscal como el juez sentenciador, pues el TC sostendrá que el indulto «en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que las decisiones que se adopten al efecto sean fiscalizables por parte de los órganos jurisdiccionales, incluyendo este Tribunal Constitucional». Esas decisiones, servirán de pórtico a la STCJ 4/2001, de 13 de junio, con la que se pretende solucionar la distribución de competencias que corresponden al tribunal sentenciador según la LI y las que conforme al art. 1 y 2.a) de la LJCA son propias de esta jurisdicción. La solución no muy convincente ni esclarecedora, a la postre encomienda a esta última el genérico control que deriva del principio de legalidad ex art. 9.3, en lo que se refiere a «la actuación de la misma sujeta al Derecho Administrativo» que «nunca puede pretender extenderse a la motivación discrecional que constituye la esencia del perdón». Ambas delimitaciones suponen así un muro, adaptado a la prerrogativa de la gracia y a su concreta regulación, que presta los indispensables parámetros a la justicia administrativa.

En la indicada corta historia del control jurisdiccional contencioso-administrativo de los indultos, que consta de 35 sentencias, de la Sala 3ª, Pleno o Secciones (26), pueden encontrarse determinadas cuestiones que dan idea de la problemática concepción del alcance del control y de otras cuestiones relacionadas con el mismo, así como respecto a la trascendencia de los pasos que este orden jurisdiccional ha acometido. Esto último, se pone de manifiesto ya por el hecho de que en dos ocasiones la decisión ha sido avocada al Pleno, que dará lugar a las SSTS de 2 de diciembre de 2005 y a la citada de 20 de noviembre de 2013, lo que resaltamos más adelante. Mayoritariamente, por otro lado, conviene resaltar que la práctica totalidad de los recursos resueltos versaban sobre denegaciones de indultos y todos ellos serían desestimados. Únicamente cuatro resoluciones, la última de las citadas, junto a la 12 de diciembre de 2007, la de 20 de febrero de 2013, y la muy reciente de 17 de marzo de 2014, tenían su origen en sendas concesiones de indultos, impugnadas dos de ellas por los propios indultados disconformes con el alcance del perdón concedido y las otras dos por las víctimas u ofendidos (o sus familiares) y en todos ellos salvo el de la

(26) Los escasos recursos que contra esas resoluciones se han interpuesto, o que al menos han llegado a ser resueltos por sentencia resultan indicativos de la mínima litigiosidad al respecto, sobre todo si se comparan con los datos de las decisiones que ya en sentido positivo o ya en el negativo se adoptarían por el Gobierno en el mismo período. Véanse los datos manejados por DOVAL PAÍS y VIANA BALLESTER, *cit.*, pp. 42 y 43. Lo que tiene su origen, sin duda, en los obstáculos y exenciones que arrostra este instituto, debidos a la práctica imposibilidad de impugnar las decisiones, como subrayaría LOZANO, *cit.*, p. 150.

sentencia de 2007 serían anuladas —total o parcialmente—, bien que por razones muy diferentes, la falta de motivación, exceder el Gobierno los límites legales de lo que podía ser indultado y en la última por la ausencia de un previo informe del órgano competente.

En dicha evolución habría también que resaltar, siquiera sea brevísimamente, algunos aspectos que juzgamos significativos, en particular la lacónica argumentación con la que se han despachado muchas de las resoluciones, las cuales por otro lado en ocasiones ni siquiera contienen aproximación alguna a la discutible naturaleza jurídica de las decisiones. Podría decirse que el control judicial contencioso-administrativo de estos actos resulta casi mecánico, al reiterar pronunciamientos que no se apartan un milímetro del guión ya porque no lo requería el asunto planteado, ya porque se trataba de garantizar la tutela judicial efectiva admitiendo el recurso para rechazarlo o desestimarlo en cuanto al fondo (27). Esto es, moviéndose dentro de los parámetros ortodoxos —mínimos— del control judicial que corresponde a dichos actos conforme a los innegables perfiles propios que le atribuye su regulación específica. No es, por eso mismo, resaltable ninguna innovación en una jurisprudencia que carece de hitos y pronunciamientos destacados.

Esa jurisprudencia se centraba, pues, en el control de legalidad y por ello, fiscalizando los aspectos formales ex LI —que alguna sentencia concreta en los arts. 19 a 32 de la misma— habiendo tenido oportunidad de pronunciarse sobre muchos de ellos, como la audiencia del ofendido, previos informes preceptivos pero no vinculantes del Ministerio Fiscal y tribunal sentenciador (28) y Consejo de Estado (29) para excepcionalmente acotar incluso que el alcance de ese control no alcanzaba a su contenido (caso de la STS de 17 de febrero de 2010) o emitir la precisión de que la LI no exige que la denegación de los indultos se formalice mediante Real Decreto (caso de la STS de 28 de abril de 2009). Ciertamente que, de paso, esa jurisprudencia eliminará los obstáculos en relación con la impugnación de estas decisiones, al admitir la legitimación activa de la víctima u ofendido (o sus familiares) respecto a las concesiones, lo que sin impedimentos había aceptado ya la STS de 12 de diciembre de 2007, pero que con sólida argumentación apoyará la STS de 20 de febrero de 2013 (FJ Séptimo). En esta misma sentencia, por otro lado, se apreciará la novedad de controlar los límites sustanciales o el contenido material que a la potestad de indulto atribuye al Gobierno la ley, considerándolo con acierto como un elemento reglado más, al entender que el indulto es una «potestad de resolución material ordenada exclusivamente a la condonación total o parcial de las penas», y considerar que «la determinación del alcance de la prerrogativa de gracia de indulto particular», en una interpretación basada en los

(27) Muy alejado de lo que la STS de 6 de junio de 2014 indica al precisar que a los tribunales se les exige una motivación y razonamiento especial reforzado (conforme doctrina de esta Sala y del TC que cita), en tanto 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*.

(28) Por lo que la relevancia que alcanza la intervención previa en la gracia de los órganos judiciales se ve ampliamente minusvalorada, pues es lo cierto es que, no hay, en modo alguno, ninguna relación causa-efecto, esto es, no hay ninguna relación entre la intervención judicial proponiendo el indulto o informando sobre él, y la concesión o denegación del mismo (salvo los casos ya indicados), y no la hay porque quien de hecho acaba en definitiva resolviendo sin mayores problemas es el Gobierno.

(29) En particular, SSTS de 12 de diciembre de 2007, 16 y 23 de enero de 2008, 17 de febrero de 2010, y de 17 de marzo de 2014.

arts. 62.i) CE y 1 de la LI «se extiende a *toda o parte de la pena* en que hubiesen incurrido los reos de toda clase de delitos, pero a nada más». O lo que es igual, el marco legal vigente establecido «en relación con las condenas por delito, no permite más indulto que el de la pena» (30). De esta forma se impone con todas las consecuencias el principio de vinculación positiva a Ley, que impide entender que «con arreglo» a la misma el Gobierno disponga de apoderamientos genéricos o implícitos.

Aquellos dos extremos y en particular el último constituyen los escasos supuestos que aportan alguna singularidad reseñable, pues aunque no cabe desconocer que la Sala habría conocido de posibles vulneración del principio de igualdad o del principio de interdicción de la arbitrariedad, en todo caso por la falta de motivación de las denegaciones de indultos, tales alegaciones se habrían despachado con suma facilidad. Bastaba con sustentar las resoluciones en la consolidada doctrina jurisprudencial de la falta de necesidad de motivación en estas decisiones, tanto por no tratarse de actos administrativos como por no imponerlo la LI (31), y por supuesto por no poder extenderse dicho control a los requisitos de carácter sustantivo (32). Lo manifestado en la STS Pleno de 2 de diciembre de 2005 apelando a la importancia que la exposición de motivos de la Ley de 1870 otorga a los efectos de la decisión que deba adoptar el Gobierno, 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» (33), carecería de influencia posterior. Por su parte, las SSTS de 20 de febrero de 2013 y de 9 de mayo de 2013 reconocerán 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» (34), sin que ello, en principio suponga tampoco innovación sustancial en la práctica.

La doctrina científica, en cambio, habría puesto de manifiesto tempranamente el alcance de la competencia del control judicial, la necesidad de de motivación para la concesión de indultos, no en caso de denegación pues el indulto no es un derecho, ni tampoco expectativa de derecho, y en tanto no supone, materialmente, alteración de la

(30) FF.JJ. Noveno, Décimo y Duodécimo. *Vid.*, en ese mismo sentido parecer de LINDE, *cit.*, p. 179, AGUADO RENEDO, *cit.*, p. 73 y LOZANO, *cit.*, p. 1030.

(31) *Vid.* SSTS de 28 de abril de 2009, de 24 de septiembre de 2010 y de 25 de enero de 2012.

(32) En su momento únicamente la STS de 11 de diciembre de 2002, habría manifestado la conveniencia de que de *lege ferenda* estos actos contuvieran una especificación sucinta de las razones sobre las que se fundamentan a fin de determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento de la voluntad manifestada y permitir su control general.

(33) FJ Décimo. Véanse algunos de los votos particulares a dicha sentencia, donde se pone de manifiesto que la misma se aparta sin fundamento de la propia doctrina jurisprudencial.

(34) Es evidente, pues, que a partir de las dos sentencias de 2013 que hemos indicado, la legitimación ampliada permitirá un acceso a los tribunales de resoluciones de concesión de indultos, cuando o bien el Gobierno pudiera exceder con su decisión el «contenido esencial y propio del indulto», o cuando el Gobierno incumpla algunos de los muchos requerimientos reglados o pueda fundamentarse la interdicción de la arbitrariedad o infringir otros preceptos constitucionales, bien que seguramente con otros razonamientos adaptados al caso a juzgar. Esto es lo que al final se advierte, con claridad meridiana y sin que haya ya ninguna consideración, con el asunto resuelto en la STS de 17 de marzo de 2014, rec. 53/2013.

sentencia (35). Esta exigencia de motivación *ad casum* de las concesiones, debida a la Ley de 1988, merecerá valoraciones doctrinales encontradas, al asumir o negar que tras la reforma del art. 30 requiera que el Real Decreto deba ser motivado. No será obstáculo para algunos autores, a pesar del dudoso cumplimiento que se hacía de dicho requerimiento antes de dicha reforma, la exigencia de motivación por la posible contradicción que ello plantea de entrada con los varios informes previos que demanda para motivar la decisión favorable, y más allá del plano legal por cuanto esa es una exigencia que deriva de la CE (art. 9.3) y es la única que permite acomodar aquella decisión a lo previsto a sensu contrario en el art. 120.3, como asimismo por juzgar que la motivación es indispensable porque es el único modo de poder controlar el ejercicio positivo de la gracia y con ella la justificación de la interferencia del Gobierno en la decisión judicial (36).

Otros pareceres (37), pondrán de relieve que en cualquier caso la motivación no sería objeto de control judicial tanto porque no cabe aplicar a esta potestad los requisitos formales del acto administrativo, por cuanto la motivación del indulto no es otra cosa que la pura oportunidad o conveniencia del perdón; como porque la reforma de la LI elimina la necesidad de motivación. No obstante, esa misma doctrina entiende que existe un límite último en la apreciación de la oportunidad del indulto, en tanto el núcleo duro de la decisión de indultar está en última instancia subordinado al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 de la CE, bien que el control basado en dicho principio ocupa aquí un papel límite, dada la no exigencia de motivación de las concesiones. Por ello —consideran— que no cabe negar que tal principio, como clave última del arco del Estado de Derecho, está llamado a corregir los abusos de la prerrogativa de gracia que supusieran un uso manifiestamente irracional, aberrante o inicuo de la misma.

Habría, pues en esos casos un control de oportunidad. Control que también defiende AGUADO RENEDO, a partir su concepción del acto como discrecional, al que pueden aplicarse los elementos esenciales del control de la discrecionalidad, y entre ellas el más principal y el que sirve de fundamento al resto, las razones de su decisión: la motivación (38). En esta misma línea se habría pronunciado previamente B.LOZANO como hemos adelantando al considerar que incluso en el ámbito más libre del ejercicio del derecho de gracia, como es el otorgamiento o no del indulto al solicitante y la determinación de la extensión del beneficio, la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, de ahí que estime que la utilización del indulto con motivaciones o fines diversos o la concesión de un perdón notoriamente desproporcionado con el fin de

(35) Véase al respecto, LINDE PANIAGUA, *cit.*, p. 201, sobre la extensión de la competencia de control de la legalidad a todos los aspectos regulados en la LI, salvo en lo referido al ámbito de discrecionalidad que determina la misma. Sobre la necesidad de motivación, entre otros: GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. «Art. 97. Funciones del Gobierno», en Oscar ALZAGA VILLAAMIL (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Edersa, Madrid, 1998, T. VIII, p. 140; AGUADO RENEDO, *cit.*, p. 216 y LOZANO, *cit.*, p. 1049, señalando que resulta indispensable para ejercer un control judicial sobre la corrección del ejercicio del derecho de gracia. La jurisprudencia remarcará que tampoco supone ejecución del derecho de petición en el sentido que le atribuye la ley que regula este último, así, entre otras SSTS de 27 de mayo y de 3 de junio de 2003, lo que reitera la de 30 de enero de 2014.

(36) Véase AGUADO RENEDO, *cit.*, pp. 216 y ss., indicando en nota 377, que el requisito en realidad no se cumplía ya que el Gobierno se limitaba a utilizar una cláusula de estilo.

(37) CARRILLO DONAIRE y GUICHOT REINA, *cit.*, pp. 227 y ss.

(38) *Cit.*, p. 213. Sobre su sólido razonamiento, remito a pp. 203 y ss.

justicia que lo motiva, pueden por ello considerarse como supuestos de desviación del poder controlables judicialmente (39). Tesis que no comparte LINDE PANIAGUA, para quien la finalidad prevista en el art. 9.3 CE de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos debe ser objeto exclusivamente de control parlamentario, entendiéndose que esta es la solución que la Constitución establece (40).

Sea apreciaría así el extremo alejamiento de algunos de estos planteamientos doctrinales respecto a los jurisprudenciales, operando estos últimos con los parámetros más ortodoxos y acomodados a las singularidades de estos actos (41), y representando aquellos otros, entendimientos muy diferentes, casi alternativos, del ordenamiento jurídico en su conjunto y de la CE en particular al demandar el ejercicio de controles judiciales inéditos, concebidos como perfectamente constitucionales.

IV. La nueva doctrina jurisprudencial

IV.1. La ruptura radical sentada por la STS de 20 de noviembre de 2013

El punto de inflexión se produce con esta sentencia por cuanto al margen de cualquier otra apreciación lo más sobresaliente de la misma y lo que depara una evidente sorpresa —en tanto supone una ruptura, sin paliativos, con la doctrina reiterada del propio TS— es la negación de su carácter de acto político y su equiparación u homologación sustancial con los actos discrecionales, exigiendo que las decisiones de concesión estén motivadas y ofreciendo las pautas con las que a partir de ese momento serán fiscalizables dichos actos por la propia Sala de lo contencioso-administrativo. Con esta decisión judicial se decide dar un paso adelante y por vez primera asumir la supuesta plenitud de sus posibilidades de fiscalizar este tipo de decisiones, a través de la interdicción de la arbitrariedad consagrada en el art. 9.3 CE, sentando un precedente mayúsculo cuyas consecuencias pueden alterar significativamente el ejercicio de esta prerrogativa, muy particularmente en relación con las concesiones de indulto, pero sin que quepa desconocer si sólo ahí encontrarán su límite aplicativo los argumentos de «lógica jurídica» con los que la sentencia opera (42). No dudamos por ello en considerar que se trata de un cambio radical que, en efecto, se aparta de la jurisprudencia unánime de la Sala, sin que se deje constancia del porqué, como parece razonable exigirlo (43), que es dudoso se acomode a los límites de control judicial de estas decisiones del Gobierno.

(39) LOZANO, *cit.*, p. 50. Por el contrario, el parecer de ARAGÓN, *cit.*, p. 21, es que la decisión del Gobierno de conceder o no conceder el indulto debiera quizás considerarse como un acto político no susceptible de control judicial.

(40) LINDE PANIAGUA, «El indulto...», *cit.*, p. 170.

(41) No cabe desconocer el avance que supone el control materializado en la STS de 20 de febrero de 2013, por más que no quepa duda de que se estaba actuando el control de elementos reglados.

(42) Véase en este sentido el voto particular de la Magistrada Celsa PICÓ LORENZO a las Sentencias de 13 de enero y 6 de junio de 2014, estimando que la sentencia que tratamos exige motivación en todo caso.

(43) Así se hace por ejemplo en el *overruling* recientemente adoptado por la STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2.d). En algunos votos particulares se calificará de «cambio de criterio», o de un giro o novedad en la jurisprudencia que supone por ello una innegable modificación jurisprudencial; o de cambio jurisprudencial sustantivo. De cualquier forma no vemos inconveniente en entender que se ajusta la exigencia constitucional tal y como se exige por la STC 71/1993, de 1 de marzo, entre otras.

Muchos y muy diferentes cuestiones, procesales y sobre todo sustantivas, depara esta sentencia. No todas ellas serán objeto de atención aquí y ahora, al centrarnos en los aspectos sustantivos, los cuales de por sí ofrecen muchos argumentos discutibles. Previamente, sin embargo, hacemos un breve excurso acerca de la atribución al Pleno de la decisión, haciendo más tarde alguna apreciación sobre la oportunidad de haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad como demandaban los recurrentes.

Dado que, conforme al art. 197 LOPJ, el acuerdo de elevar al Pleno el conocimiento de un recurso, de no venir exigido legalmente, queda a la entera discrecionalidad del Presidente de la Sala cuando lo estime necesario para administrar justicia, conviene significar cómo esa necesidad ya ha sido demandada en dos ocasiones, extremo que pone de relieve o es cuando menos un indicio claro, de la trascendencia objetiva que el asunto de los indultos está teniendo y posiblemente de la muy delicada situación que, en ocasiones, como la de este supuesto enjuiciado, plantean su resolución, amén de la diversidad de criterios que en el tratamiento judicial de los indultos pueda existir, más allá de la Sección encargada de resolverlos. Aspectos en los que no es posible detenerse, si bien habría de anotarse la dificultad que entraña tomar una decisión al respecto en el ámbito judicial, teniendo en cuenta las posiciones que sostienen los diferentes magistrados, en concreto cuando las decisiones se elevan a este órgano. Es evidente que para alcanzar en estos casos la mayoría de pareceres se requieren acuerdos, especialmente complejos de alcanzar, dada la disparidad de pareceres que expresan los múltiples votos particulares. Así se han de entender los acuerdos que en esta materia ha venido adoptando el citado Pleno de la Sala Tercera del TS y con los que se han dado —o pueden darse— los pronunciamientos más significativos en este ámbito.

Interesa resaltar no obstante que las dos Sentencias del Pleno tienen objetivos y contenidos muy diferentes, y probablemente esa sea la razón del acuerdo por el que se elevó a dicho órgano plenario. En el primer caso (STS de 2 de diciembre de 2005) se trataba de dilucidar si era o no competente un Gobierno en funciones para otorgar o denegar (en el caso era esto último) un indulto, lo que ya hemos adelantado al igual que la conclusión a la que llegó la mayoría. En esa misma decisión se establecerá que el ejercicio del derecho de gracia es «una facultad sustancialmente gubernamental» (FJ Décimo) (44), y se valorará la importancia que la exposición de motivos de la LI otorga a la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se conceda el indulto. Habría ya de subrayarse la coincidencia básica de ambos Plenos, tanto en la calificación de la naturaleza jurídica de los actos cuanto en la necesidad de motivar los indultos, o por decirlo más correctamente, teniendo en cuenta las sentencias posteriores (FJ Sexto de la STS de 30 de enero de 2014), la necesidad de motivar las concesiones. De paso, convendría tomar nota de que los pronunciamientos del Pleno en el año 2005 no cambiarían, sin embargo, la línea jurisprudencial precedente, pues no hace falta sino comprobar que tendrá que ser de nuevo el mismo órgano quien reformule aquella calificación y quién vuelva a exigir la motivación —eso sí— con otros términos pero con el mismo argumento.

Sin duda esta circunstancia justificaría con mayor razón la nueva intervención del Pleno de la Sala 3.^a, aunque otras consideraciones parecen estar detrás de la avoca-

(44) Sobre esta calificación —que se reiterará en la STS que exponemos— remito a la censura que se formula en el voto particular citado del Magistrado RODRIGUEZ-ZAPATA (FJ Sexto).

ción, y no sólo por el hecho de tratarse de una concesión. Entre ellas, la de constituir un presumible y evidente caso de indulto que llamativamente constituye un supuesto que incurre en interdicción de la arbitrariedad y/o la supuesta alarma social —repercusión mediática— que el indulto en cuestión había creado (45). Cualquier estudioso de esa jurisprudencia puede tener la impresión de que la sentencia supone una reacción jurisdiccional ante un supuesto de concesión de indulto arbitrario. En particular dada la desproporción entre la condena penal y la gracia otorgada, que podría ser el elemento determinante, por más que la decisión de la mayoría no lo ponga de manifiesto explícitamente, para deducir el abuso o arbitrariedad de la decisión (46). Desde luego también podría traerse a colación que los recurrentes planteaban de forma insistente la existencia de arbitrariedad (FJ Quinto) e incluso la inconstitucionalidad del indulto por esa causa, ante la ausencia de motivación, si bien ese hecho no parece que sea concluyente de la decisión, tanto porque no es la primera vez que la interdicción de la arbitrariedad es invocada en esa sede, cuanto porque aquellos lo que solicitaban era que se plantease cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional admitiendo que el art. 30 de la LI, tras su reforma, exime de la obligación de motivar los indultos vulnerando así diversos preceptos constitucionales. No constará en la sentencia en base a qué argumentos entienden que no es exigible la motivación, pero resultaría lógico pensar que ateniéndose a la jurisprudencia reiterada del propio TS.

La sentencia omitirá cualquier pronunciamiento al respecto, lo que está lejos de resultar comprensible, máxime si como hemos de ver reconoce serias contradicciones legislativas en la regulación legal del indulto. Creo que esa circunstancia y la no menos importante derivada de la jurisprudencia unánime que la interpretaba imponía, antes de decidir tan profundo cambio de criterio, plantear la citada cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 30 LI (aconsejada o considerada indispensable por alguno de los votos particulares).

(45) Referencias a ambos factores pueden leerse en algunos de los votos particulares.

(46) Elocuente nos parece, en ese sentido, lo que se dice en el voto particular del Magistrado Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ cuando indica: «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 1668/1992 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.» Dicho de otra forma, en el voto particular del Magistrado José Juan SUAY RINCÓN se concreta que 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...». Entiendo que no se puede decir más claro —fuera de la resolución judicial— lo que un indulto como el examinado merece, y no parece difícil entender que ese es la causa con la que la mayoría de la Sala lo ha enjuiciado y ha adoptado el cambio sustancial de doctrina.

No está de más anotar también, que en ambos casos, la redacción de la sentencia sería asumida por un segundo Magistrado de la Sala, una vez rechazada la ponencia redactada por el inicialmente designado, en razón de que no participaba del criterio mayoritario de la Sala; y de modo análogo a lo que sucediera en ese anterior precedente, la decisión será aprobada por la mayoría (47).

IV.2. La conformación sistemática de la resolución

Es relevante señalar la sistemática con la que el Pleno afronta el tratamiento del asunto en las aspectos fundamentales que aquí interesa. El punto de partida es lo que denomina la configuración del indulto y de las consecuencias de ello derivadas, prede-terminando la identificación y caracterización de los actos de indulto (FJ Sexto) con notables novedades: «(1) Constituye el ejercicio del derecho de gracia; (2) se trata de una 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». Lo que con otras palabras reitera al señalar «que el indulto implica el ejercicio del derecho de gracia constitucionalmente reconocido, mediante una actuación individual y excepcional del Gobierno, reunido en Consejo de Ministros, 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». En un segundo momento (FJ Séptimo) resumirá la doctrina general de la jurisprudencia en torno al alcance del control jurisdiccional que sobre los mismos corresponde a la Sala, donde en síntesis (para no repetir lo que ya conocemos) se precisa que el control jurisdiccional no puede extenderse a los defectos de motivación del indulto, y que no se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo. Llegando así al punto neurálgico que es la deducción que extrae de la cuestión que los recurrentes plantean, formulada silogísticamente de esta forma: «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» (FJ Octavo).

El Pleno entiende que sí puede controlarse el acto de concesión de indulto desde esa perspectiva y de lo que se trata, en consecuencia, es determinar cómo o a través de qué medios se hace operativo dicho control y con qué intensidad y extensión. Surge aquí la necesidad de la motivación y las matizaciones a su contenido y asimismo las que tienen que ver con el alcance del control jurisdiccional.

IV.3. La recaracterización del indulto como acto discrecional

El Pleno no niega el carácter político del indulto aunque considera esa calificación irrelevante, al entender que según lo dispuesto en el art. 26.3 de la LGo y en el

(47) En total siete votos particulares, si bien tres de ellos calificados como «concurrentes», firmados por 19 magistrados de los 36 que componen el Pleno.

art. 2.a) de la LJCA dicha deducción deriva del hecho de que la «función de gobierno como esencialmente distinta a la administrativa» ya no cuenta con unas exclusiones como las que disponía la LJCA de 1956. Lo trascendente a su juicio es por ello comprobar, una vez más, hasta donde ha de llegar la posibilidad de control en este tipo de actos de máxima discrecionalidad. Creo que podemos estar de acuerdo con esta conclusión —utilitarista—, en particular en cuanto viene a corroborar la doctrina del TS relativa a estos actos gubernamentales y entender que también respecto a ellos el control puede ampliarse 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. El hecho de la equiparación con los actos discrecionales en cuanto a su naturaleza, por más que entienda que se diferencian de estos últimos por la entidad de la discrecionalidad es no sólo una novedad conceptual sino al tiempo una identificación no demasiado afortunada, aun cuando muy conveniente o necesaria a los efectos de los objetivos del pronunciamiento. El indulto como un acto discrecional del Gobierno, según reza la calificación que le otorga la sentencia, con independencia de cualquier otra apreciación, es una calificación que rompe abruptamente y sin fundamentación apropiada con la doctrina que hemos anotado y que más allá de su indefinición procuraba singularizar estos actos de los estrictamente discrecionales, lo que ahora queda completamente desdibujado aunque tengamos claro que son actos discrecionales no administrativos, pues en este último aspecto se ratifica sin fisuras la doctrina jurisprudencial reiterada de que el indulto «no tiene ni cuenta con la naturaleza de acto administrativo».

Una vez más, el sentido utilitario se impone al dogmático pues admite que puede mantenerse desde esta última perspectiva la diferencia con los actos políticos, pero considera que ello también resulta indiferente o lo que es igual carece de relieve alguno, toda vez que lo trascendente es la discrecionalidad del Gobierno en la que reside precisamente «el núcleo de la gracia como acto no debido», pues «una vez cumplidos todos los requisitos procedimentales previstos en la LI para la concesión, el órgano competente para ello —el Gobierno que no el Rey— puede conceder, o no, la gracia solicitada, de modo que no se encuentra obligado a hacerlo». Ningún otro argumento histórico o constitucional tendrá mayor trascendencia y desde luego no «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».

Estáramos, o así cabría valorarlo, ante un intento de simplificación en relación con las posturas que en torno a la naturaleza de estos actos se habrían ya advertido en los pareceres de la jurisprudencia, bien que desde luego coincide con las posiciones ya señaladas de la mayoría de la doctrina científica en cuanto a la conceptualización para, no obstante, apartarse posteriormente de los resultados o efectos en cuanto a la intensidad del control judicial que con ella se sostiene en aquel ámbito. Esta circunstancia será por ello objeto de cuestionamiento en algunos de los pareceres de los magistrados discrepantes, constituyendo en ocasiones la razón esencial del desencuentro. La causa tiene su razón de ser en la evidente contradicción en que incurrir al igualar desde la perspectiva de control de los elementos reglados ambos tipos de actos (discrecionales y de gracia), para, inmediatamente, excluir como elemento reglado de control de la prerrogativa de gracia la desviación de poder, por

la imposibilidad de ser aplicado, al circunscribirse su ámbito a la actuación estrictamente administrativa (48).

Lo cierto es que las ulteriores SSTS (Sección séptima) de 30 de enero de 2014, FJ. Quinto y de 6 de junio de 2014, no parecen compartir esa conceptualización, al señalar inequívocamente «la naturaleza del indulto como acto graciable y, en consecuencia, revestido de una total libertad en la decisión», resaltando —lo que ya no es conocido pero con otros términos— que la decisión de fondo (concesión o denegación del indulto) «quedaría sometida a la propia discrecionalidad del Gobierno». Con ello, se vuelve en buena medida a las primeras nociones y se deja sin apenas sentido la concepción sostenida por el Pleno.

IV.4. La exigencia de motivación ad hoc del indulto

Esta es la gran innovación formal de la Sentencia, que parte de salvar la contradicción que aprecia en la LI optando por dar pleno valor a su Exposición de Motivos. La contradicción tras la reforma de la LI al constatar, de una parte, lo que establecía en su redacción original el art. 30 de la LI y lo que desde la Ley 1/1998, establece; y de otra, el hecho de que la modificación dejó intacta la exposición de motivos de la Ley que, por tanto 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», y previamente 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» (49). La deducción —eliminación de la necesidad de motivar versus hacer constar las razones— la resuelve dando mayor valor a la exposición de motivos que a la reforma del art. 30, por más que sea un hecho irrefutable que tal exigencia ha desaparecido del texto legal en su parte dispositiva. Sin embargo, no descansaría tan sólo ahí el fundamento sino también en la interpretación concordante con lo que «de forma expresa», exige el art. 11 LI —a saber la existencia de «razones de justicia, equidad o utilidad pública»—, aun cuando dicho precepto sólo sea aplicable a los indultos totales (lo que no es el caso enjuiciado) (50).

(48) Véase así los argumentos expuestos en el voto particular conjunto encabezado por el Magistrado Carlos LESMES SERRANO, en particular aquellos que ponen de manifiesto como esa deducción resulta contradictoria en tanto no dejaría de reafirmar que la potestad administrativa discrecional es sustancialmente diferente de la prerrogativa de indulto y esa diferencia se extiende a sus técnicas de control, ya que con la primera no cabe entender que se satisface una finalidad pública legalmente establecida, en tanto «sería tanto como admitir un apoderamiento general del Ejecutivo para corregir las decisiones del Poder Judicial, lo que es constitucionalmente inadmisibles».

(49) El citado párrafo de la exposición de motivos se incluye en la justificación de los contenidos que incorpora el capítulo III de la ley, es un párrafo aislado que queda en medio de tres de los grandes propósitos legales.

(50) El aplicable en el caso que nos ocupa es el art. 12. La diferencia entre ambos es la trascendencia del informe favorable del tribunal sentenciador, pues en el primero es preceptivo y determinante de la decisión de concesión, en tanto en el segundo es sólo preceptivo y aunque desfavorable deja al Gobierno la libertad de otorgarlo, como ya adelantamos.

La —a nuestro juicio— extrema debilidad de estos argumentos determinará el recurso a otros que cabe concebir, de justicia material (o quizás de simple sentido común) como son, los que forma silogística, culmina apreciando con el recurso de que la «absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa», dadas las siguientes afirmaciones (condicionales): «1º 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; 2º Si el mismo legislador exigen que consten siempre las razones, 3º Obvio es que el legislador ha pretendido que de esa tramitación documentada, se desprendan las tan citadas razones, legalmente exigibles.

De otra parte, sentada la inexigencia de motivación en el sentido técnico que requiere la LRJPAC al Acuerdo de concesión o denegación por no tratarse de un acto administrativo, determinará la no utilización en momento alguno del término motivación sustituido por eufemismos o expresiones que reiteran en múltiples ocasiones la exigencia de que consten o se desprendan aquellas razones («la especificación de las razones»), para poder enjuiciarlas con los «instrumentos de la lógica jurídica». A la postre, diríamos, que el espíritu de la LI, el sentido legal de los indultos y la lógica jurídica del procedimiento legalmente previstos, serían los fundamentos de la motivación *ad hoc*, o de que se exija al Gobierno que «del acuerdo de indulto se desprendan» aquellas razones, o que en otras palabras «la especificación y el conocimiento» de las mismas, al caso o individuales, «necesariamente deben de constar en el Acuerdo» de concesión, pudiendo «responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las de carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar)».

No es dudoso que a pesar de no utilizarse la expresión propia de los actos administrativos lo exigible tras esta interpretación es lo más parecido a la motivación *ex art.* 54 LRJPAC, por más que técnicamente no lo sea, por lo que la diferencia sería puramente nominal. La cuestión clave es, por tanto, la exigencia de una motivación formal optando el Pleno por acoger esta solución que se venía rechazando abierta y tajantemente por la jurisprudencia, con el fundamento más sorprendente que cabría: el de dar valor jurídico al Preámbulo, por encima o más allá de lo que el art. 30 establece. Como es comprensible, las discrepancias en ese extremo son radicales y se sustentan tanto en la crítica a la deducción en sí (no exige motivación la ley, negando de paso todo valor jurídico al Preámbulo de la misma), como en la censura al rechazo al planteamiento previo de la cuestión de inconstitucionalidad según pedía el recurrente y para salvar la contradicción advertida, como asimismo por haberse apartado del sistema de aplicación de fuentes del Derecho al desconocer la doctrina jurisprudencial reiterada, e incurrir en exceso de jurisdicción (51). Ciertamente por otras razones opuestas tanto al fundamento de la sentencia de la mayoría como al de esos votos disidentes, también habrá votos particulares que enfatizarán la exigencia pero con otros argumentos (52).

No está de más recordar que la motivación no se exige en todos los actos administrativos, sin que ello comporte exoneración del posible control judicial según doc-

(51) Véase al respecto los votos particulares de los Magistrados: RODRIGUEZ-ZAPATA, ya citado; Jesús Ernesto PECES MORATE y Mariano DE ORO-PULIDO Y LÓPEZ; o el voto conjunto encabezado por LESMES SERRANO, citado.

(52) Véase los firmados por los Magistrados DÍEZ-PICAZO y ESPÍN TEMPLADO, ya citados.

trina del TC. Ese es el caso de la denegación de visados ex art. 27.5 de la LO 8/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que la STC 236/2007, de 7 de noviembre, estima constitucional. Para dicha STC FJ 12º, sólo podría sostenerse la inconstitucionalidad si la norma hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional, pues «con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3» como ya dijera la STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5, y reitera la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11). Pero no es así, con lo cual «la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales» (53). Sin entrar a discutir esta doctrina, que nos parece en exceso formalista, pues no se alcanza a comprender el porqué de la distinción, es suficiente con preguntarse si eso mismo, en su caso, no cabía exigir en los actos de indulto, pudiendo el Gobierno estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercitado de forma arbitraria sus facultades de gracia. Parece obvio que sí, sin necesidad pues de exigir motivación formal.

Tampoco sobra reiterar en lo que nos ocupa, que resulta evidente más allá de las interpretaciones que merezca aquella reforma de la LI e incluso el mantenimiento de su preámbulo, que nunca el legislador de 1870 (ni el de 1988) pensó en las razones como fórmula para ser posteriormente enjuiciada por los tribunales conforme se pretende, sino por el tribunal sentenciador en los casos que así previene ley, y a lo sumo que las mismas pudieran servir como medida susceptible de juicios sociales o políticos. Idea esta última en la que probablemente encuentra sentido la reforma de 1988 que, con independencia de las posibles interpretaciones que quepa, no hace sino dar carta de naturaleza a lo que siempre se había hecho, a pesar de lo que expresamente exigía aquel precepto. El argumento de la motivación sustentando en la exposición de motivos es, por ello y a nuestro juicio, el menos razonable de todos y el más endeble, tanto por el valor de los exordios, como por la propia finalidad de la reforma. Más razonable pareciera ser, en ese supuesto, la invocación del art. 9.3 CE en tanto prohibiría la falta de sustento o fundamento jurídico de las conductas de los poderes públicos, incluyendo el caso del derecho de gracia a pesar de la máxima discrecionalidad que se le atribuye al Gobierno, y con mayor razón tomando en cuenta el entendimiento que la sentencia hará de lo que es actuación arbitraria.

IV.5. El alcance del control judicial de la motivación

Una vez sentado aquel requerimiento legal, de lo que se trata ya es de concretar hasta donde alcanza el control judicial en ese preciso aspecto. Se reafirmará, pues, como límite infranqueable al control jurisdiccional que el mismo no puede alcanzar al «núcleo esencial de la gracia» (decisión de indultar o no indultar), porque carece de «ámbito de revisión jurisdiccional» al respecto; 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) por entender que no cabe adentrarse en «las razones que se contengan»

(53) Aplicará esta doctrina, entre otras la STS de 3 diciembre de 2010.

en ellos, sino únicamente en «el control de la concurrencia de los elementos preceptivos»; ni, por último, la causa a la que puedan responder («variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional»). Tampoco, como hemos indicado, alcanzará al control de la desviación de poder. Por el contrario sí alcanza a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, y por ello sí impone «enjuiciar las razones», asumiendo la posibilidad de controlar el ejercicio positivo de la facultad de indulto, a través de la interdicción de la arbitrariedad, cuando el ejercicio de dicha potestad de indulto aparece como arbitrario, por aplicación del art. 9.3 CE.

Según cabe apreciar a tenor de las amplias explicaciones con las que pretende consignar el alcance de ese control, se precisa en primer término, el requerimiento acerca del contenido de la motivación, esto es, de la especificación y el conocimiento de las razones previstas en la ley que necesariamente habrán de constar en el Acuerdo. Razones que además deberán ser congruentes con las previas actuaciones preceptivas o lo que es igual que cuenten «con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente». En torno a esos extremos, se reserva comprobar ambos requerimientos examinando y valorando «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—, ha conseguido realmente tal finalidad en el terreno de la lógica y la racionalidad jurídica.

Ese sería el «espacio jurisdiccionalmente asequible» en este ámbito apelando al entendimiento de la arbitrariedad entendida como ausencia de racionalidad. Espacio que —se insistirá en ello— se pretende aplicar con la lógica jurídica y que «debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo 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 un error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica». Esto es, lo que en otras palabras más o menos reiterantes, expone al apostillar que las «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 se aceptarán por no tener facultarles para revisarlos—, la fiscalización jurisdiccional valorará 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 principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Se llega, pues, así a garantizar lo que el art. 9.3 CE proscribía, también respecto a la concesión de indultos, al entender que no cabe en la CE conductas administrativas que carezcan de fundamento jurídico objetivo, por más discrecionalidad que se otorgue a esas decisiones en el ejercicio del derecho de gracia(54). Se considerará, por otra parte, que ese control sigue siendo «meramente externo» —(«parámetro exterior

(54) A la postre, dirá que en el precepto constitucional lo que «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.»

de contención de la arbitrariedad») —, lo que tendría sentido una vez sentados aquellos otros límites infranqueables, aun cuando no deje de ser discutible en tanto de entrada presupone y, por tanto, excluye, fundamentaciones políticas que puedan servir a la justificación de la concesión. Será discutible, asimismo, que en realidad sea tan sólo un control externo, pues en puridad lo sería si se limitase a comprobar si existe o no motivación y a lo sumo si existe un error material patente. Pero no resulta muy convincente esa afirmación cuando alcanza comprobar que el indulto no carezca de razón alguna o que no conste ninguna razón en el expediente y además abarque que lo que conste resulte absolutamente improcedente con aquellas razones legales, entendidas en el sentido jurídico objetivo que el TS se reserva determinar. Más bien parece un control interno o de fondo de la decisión aunque limitado, dadas las exclusiones de que se parte, que bien podría considerarse que si bien no rebasa en sentido estricto límite impuesto por el ATC de que dichos actos no son «fiscalizables sustancialmente», puede entrar indirecta y colateralmente a hacerlo.

Es obvio que la problemática derivada de esta nueva doctrina jurisprudencial, de momento en cuanto a las concesiones (55), será más o menos compleja de concretar en la práctica, debido a la casuística que presenten los expedientes administrativos previos y si constan o no y con qué grado de explicitación las razones que motiven los informes favorables o desfavorables del tribunal sentenciador y/o del Ministerio fiscal, y su concordancia con las razones que el Real Decreto expresamente consigne. De momento el Gobierno no ha variado un ápice la formulación (v.gr. RD 132/2014, de 28 de febrero), al seguir utilizando una frase estandarizada en la que se limita a señalar que se han considerado los informes del tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, añadiendo la misma coetilla: «y estimando que atendiendo a las circunstancias... concurren razones de justicia y equidad» (56). Esto es, podemos seguir afirmando que se trata de una motivación de índole política, escasamente jurídica, que coincide con las habituales o tradicionales. Aun con todo, el punto crucial y el verdadero núcleo del debate seguirá centrado, a nuestro juicio, en admitir o no, que más allá de la presunta arbitrariedad que sea posible encontrar en el ejercicio del derecho de gracia, deba ser el TS, Sala 3ª, o cualquier otro orden jurisdiccional, quien a través de este proceso de lógica jurídica, logren hacer justicia o corregir las injusticias de unas u otras concesiones de indulto. Como avancé al comienzo, entiendo, aún a sabiendas de no resultar nada original, que en esta materia, siendo consecuente con los elementos y características consustanciales a la institución de la gracia, es discutible que proceda el control judicial con el alcance que le atribuye esta decisión. Comparto de este modo plan-

(55) En las SSTs de 30 de enero y de 6 de junio de 2014 queda claro que en las denegaciones no es exigible motivación formal, ya que ni la exige la LI ni la jurisprudencia, al margen de por no existir derecho subjetivo al indulto sino tan solo a solicitarlo y a que se tramite por el procedimiento establecido. Tampoco se requerirá la formalidad de un Real Decreto que se inserte en el BOE. Al margen y puesto que el acto denegatorio no es susceptible de control en cuanto al fondo por los tribunales, la doctrina de la STS de 2013 no servirá para entender infringido el principio de igualdad, pues difícil será que pueda existir un juicio comparativo con todos los requerimientos que la jurisprudencia exige en materia de gracia, y asimismo para entender conculcado el art. 9.3 CE por esa causa.

(56) Tampoco en esta última servirá esa doctrina para entender infringido el principio de igualdad, pues difícil será que pueda existir un juicio comparativo con todos los requerimientos que la jurisprudencia exige (caso de la STS de 30 de enero de 2014), lo que lleva a la jurisprudencia (STS de 6 de junio de 2014) al reconocer 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, y por cuanto a la postre cualesquiera que sean las características de los casos que se contraponen.

teamientos doctrinales ya citados y pareceres expresados en ciertos votos particulares a la sentencia (57), que convienen ya en que la arbitrariedad pueda utilizarse como una técnica jurisdiccional de control, como en que no constituye un elemento reglado (salvo quizás —añado— en el indicado supuesto de error material patente), y asimismo que el control de racionalidad no corresponde hacerlo a los jueces al recaer sobre una decisión política que no ha de sustentarse —o al menos no tiene porque— en criterios jurídicos.

V. Consideraciones finales

La trascendencia de esta resolución no cabrá pues desconocerla. De seguro que tendrá carácter decisivo *pro futuro*, pues no es un simple *obiter dictum* sino su *ratio decidendi*. Por lo que, dicho de otra forma, estamos ante una nueva doctrina que a nuestro entender y, en cuanto a las consecuencias, resulta lo más parecido a la jurisprudencia de los papeles del CESID, porque si bien es cierto que no llegará a otorgar indultos, es evidente que se reserva decidir si la decisión del Gobierno de concederlo está motivada en los términos que impone, y cuando entienda que no es así según el criterio jurisprudencial, podrá estimar que es arbitraria la concesión del indulto y anularla.

No abrigo dudas en opinar que con esta decisión se realiza una recomposición en cuanto a la división de poderes, que no obstante podría no tener especial reconocimiento en futuras reformas legislativas, que hoy por hoy, parecen pretender el mantenimiento de las coordenadas que conocemos, sin apenas variación (v. gr. en relación con la motivación, que sí contemplan expresamente y con apenas variaciones basadas en las mismas razones). Pero tampoco se me oculta que, al margen, es posible admitir los efectos benéficos que ese control en los términos de la resolución, pueden resultar para la práctica gubernamental. Debe servir o así cabría valorarlo para disuadir o atemperar posibles veleidades y sobre todo concesiones que sólo puedan ser entendidas desde el arbitrio, favoritismo o el abuso más injustificado, sea por los sujetos a los que se otorga, sea por las conmutaciones o perdones desproporcionados, en tanto se presume que demuestran las diferentes varas de medir en unas u otras decisiones, en forma tan evidente. Probablemente, en esos casos, sería preferible que fuera el propio tribunal sentenciador —dado su conocimiento previo—, al reconocerle facultades de control de la aplicación del indulto —ex art. 117.3 CE—, en determinados y concretos supuestos, en los que se haya producido una *manifiesta* vulneración de la legalidad, como reconocería la STCJ ya citada, pero difícilmente tendría cabida dado el entendimiento que de esa vulneración viene asumiéndose conforme a la LI.

Trabajo recibido el 17 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(57) En especial, los de los magistrados DÍEZ-PICAZO y LESMES, ya citados.

LABURPENA: Grazia-eskubidearen kontrol judizialaren arloan, administrazioarekiko auzien jurisprudentzia aurkeztu eta baloratzen da. Haren eboluzioa gainbegiratzen da, bai indultuaren arloko Gobernuko erabakien izaera bai hura zenbateraino berrikusi den. Auzitegi Gorenaren 2013ko azaroaren 20ko epaia aztertzen da, ordura arteko doktrina judiziala, ahobatezkoa eta errepikatua, apurtzen delakoan. Izan ere, indultuen arrazoa exijitzen da, eta akordioan agertu behar duten arrazoiak zabaltzen da administrazio-justiziaren kontrola. Gai horiek eztabaidagarriak dira hainbat faktoreengatik, eta horren garrantziak piztu du gure arreta.

HITZ GAKOAK: Egintza politikoak. Egintza diskrezionalak. Indultuak. Kontrol judiziala. Administrazioarekiko auziak.

RESUMEN: El trabajo tiene como objetivo esencial la exposición y valoración de la jurisprudencia contencioso-administrativa en torno al control judicial del ejercicio del derecho de gracia. Incluye un repaso analítico de su evolución tanto en relación a la naturaleza de las decisiones del Gobierno en materia de indulto como respecto al alcance de su revisión. Estudia en particular la STS de 20 de noviembre de 2013 al estimar que sus consideraciones comportan la ruptura de la doctrina judicial unánime y reiterada hasta entonces. Las causas que permiten apreciar esa ruptura cabe hallarlas, especialmente, al exigir la motivación de los indultos y al extender el alcance del control que corresponde a la justicia administrativa a las razones que han de constar en el acuerdo. Cuestiones discutibles y controvertidas por diversos factores cuya relevancia justifica la atención que se le dedica.

PALABRAS CLAVE: Actos políticos. Actos discrecionales. Indultos. Control judicial. Contencioso-administrativo.

ABSTRACT: The work has like essential aim the exhibition and assessment of the contentious jurisprudence-administrative around the judicial control of the exercise of the right of grace. It includes a review analytical of his evolution so much in relation to the nature of the decisions of the Government in matter of reprieve as with regard to the scope of his review. It studies in particular the STS of 20 November 2013 when estimating that his considerations comport the split of the unanimous judicial doctrine and reiterated until then. The causes that allow to appreciate this split fits to find them, especially, when demanding the motivation of the reprieves and when extending the scope of the control that corresponds to the administrative justice to the reasons that have to be recorded in the agreement. Debatable and controversial questions by diverse factors whose importance justifies the attention that devotes him.

KEYWORDS: Political acts. Discretionary acts. Reprieves. Judicial control. Contentious-administrative.