

LOS INDULTOS —A JUICIO— ANTE LA SALA TERCERA DEL SUPREMO
PARDONS —IN TRIAL— BEFORE THE THIRD COURTROOM OF THE SUPREME COURT

Matilde Carlón Ruiz

*Catedrática de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

La reconducción a Derecho de la polémica suscitada por el otorgamiento de indultos a algunos de los condenados por el *procés* exige analizar los términos en los que la concesión de esta gracia está disciplinada en la aún vigente Ley del Indulto de 1870, así como la doctrina que ha venido perfilando la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca de sus márgenes para controlar su ejercicio por el Gobierno. La sustancia confesadamente política de estos indultos enfrentará al Tribunal Supremo con los límites de su propia doctrina, revelándose con ello las tensiones que el mantenimiento de esta figura impone en los principios mismos del Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE

Indulto, actos políticos, control de la arbitrariedad.

ABSTRACT

Bringing the controversy raised by the granting of pardons to some of those convicted of the *Procés* requires an analysis of the terms in which the granting of this grace is disciplined in the Pardon Law of 1870, which is still in force, as well as the doctrine that the Third Chamber of the Supreme Court has been outlining regarding its margins for controlling its exercise by the Government. The confessedly political substance of these pardons will confront the Supreme Court with the limits of its own doctrine, thereby revealing the tensions that the maintenance of this figure imposes on the very principles of the Rule of Law.

KEYWORDS

Pardon, political acts, control of arbitrariness.

DOI: doi.org/10.36151/TD.2021.018

LOS INDULTOS —A JUICIO— ANTE LA SALA TERCERA DEL SUPREMO

Matilde Carlón Ruiz

Catedrática de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Prefacio. 2. Algunas enseñanzas desde la historia. 3. Los parámetros para la concesión del indulto en el marco de la Ley de 1870. 4. La doctrina del Tribunal Supremo sobre el control del ejercicio de la prerrogativa de indulto: la STS de 20 de noviembre de 2013 como referente. 5. Los indultos del *procés* ante el Supremo. Notas. Bibliografía.

1. PREFACIO

El instituto del indulto, especie del género de la clemencia, ha sobrevivido a lo largo de los siglos como máxima expresión del poder y de la justicia hasta recalar, rompiendo costuras, en los modernos ordenamientos constitucionales. Pocos temas responden, probablemente, tan apropiadamente al par —tan simple y tan complejo a la vez— que da título a esta revista: teoría y Derecho.

Evidentemente, las páginas que siguen no pretenden ofrecer una visión de conjunto de la institución ni de su legitimidad o razón de ser en el Estado de Derecho. Estas cuestiones están, en todo caso, latentes cuando se trata de ofrecer una reflexión fundada sobre el alcance que verosímilmente cabe esperar del control que podrá llegar a ejercer la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre los indultos concedidos por el Consejo de Ministros a nueve de los condenados por su Sala Segunda por los sucesos acaecidos en Cataluña en el otoño de 2017. En el alcance real del control del ejercicio de esta «prerrogativa» —según la califica el propio texto constitucional— se juega verdaderamente el *aggiornamento* de una institución tan antigua como el poder.

El objetivo de estas reflexiones es, pues, indagar de la forma más desapasionada posible y desde la perspectiva del Derecho sobre el verdadero margen de control que le ofrece al Tribunal Supremo el ordenamiento y su propia jurisprudencia para conocer de los recursos ya planteados o que puedan llegar a plantearse contra los indultos concedidos. A fin de abordar este objetivo, y después de volver por un momento la vista al pasado para ofrecer algunos elementos a nuestra reflexión, nos detendremos en las coordenadas bajo las que la tramitación y, en su caso, la concesión de los indultos han quedado procedimentalizadas en la aún vigente Ley de 1870. Conocidos estos parámetros, podremos abordar los márgenes

con los que cuenta el Tribunal Supremo para controlar el ejercicio de esta prerrogativa tomando como referencia la posición sentada por el propio Tribunal en la no poco discutida Sentencia de 20 de noviembre de 2013 y en la sucesiva de 20 de marzo de 2018. A partir de las conclusiones que saquemos al respecto, podremos plantearnos de forma fundada, aunque no deje de ser un ejercicio de especulación, hasta dónde podrá llegar el escrutinio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre los indultos concedidos.

2. ALGUNAS ENSEÑANZAS DESDE LA HISTORIA

Echar la vista atrás nos ofrece en este caso, como en tantos otros (si no en todos), algunas claves fundamentales para entender el sentido y alcance del instituto del indulto. Algunas de estas claves ofrecen, además, contrapunto dialéctico a ciertas cuestiones que han suscitado los indultos que son objeto de estas reflexiones.

Nuestra vigente Constitución atribuye al rey el ejercicio del «derecho de gracia» en unos términos sustancialmente iguales a los de la Constitución de 1869. En ambos casos se asigna, en efecto, al rey tal derecho, si bien reconduciendo tal prerrogativa a lo que establezca la ley: «con arreglo a la(s) ley(es)» es la fórmula empleada en ambos casos¹, como lo fue ya en la Constitución de 1812 y, sucesivamente, en todas las Constituciones españolas —con las muy significativas excepciones del Estatuto Real de 1834 y la Constitución de la Segunda República²—. La Ley de 1870, que, aún vigente, regula el ejercicio del derecho de gracia se aprobó, pues, para acotar y procedimentalizar el ejercicio de una prerrogativa real que en formulación casi idéntica se sigue atribuyendo al rey en la Constitución vigente.

Que el legislador democrático, en 1988, al introducir modificaciones puntuales —aunque en algún extremo distorsionadoras— en la redacción original, viniera a hacer suyos los parámetros de aquella ley decimonónica —que, conviene advertirlo, sirvió igualmente para el ejercicio de tal prerrogativa por el dictador Franco³— no nos ha de hacer olvidar que el ejercicio del derecho de gracia le corresponde constitucionalmente al rey, y no al Gobierno, siendo así que la ley a la que el vigente 62. i) CE remite para ahormar el ejercicio por el rey del derecho de gracia bien pudiera desapoderar al Gobierno, total o parcialmente, de facultades al respecto, residenciando tal facultad en las Cortes o el poder judicial, como se ensayó, de hecho, fugazmente durante la Segunda República⁴.

Esta apreciación parece oportuna en el plano constitucional, pero no permite discutir hoy, asumida la vigencia de la Ley de 1870 en su redacción modificada en 1988 —y, más modernamente, y de forma puntual, en 2015⁵—, que corresponde al Consejo de Ministros pronunciarse sobre la concesión o denegación de los indultos⁶. Y ello a pesar de que la Ley del Gobierno —aprobada como Ley 50/1997— no haya refrendado expresamente tal competencia gubernamental, que solo puede considerarse integrada a través de la cláusula residual del art. 5.1 k).

Esta es seguramente una prueba más de la incomodidad con la que se conducen todos los poderes públicos que en el Estado moderno, bajo el paradigma del principio de

separación de poderes, se ven violentados por el ejercicio de una prerrogativa cuya razón de ser histórica suponía el ejercicio más pleno del poder a secas. El derecho de clemencia, como prerrogativa del soberano que decidía libremente perdonar como excepción al previo ejercicio por él mismo del derecho (el poder) de juzgar, se enfrenta con severas dificultades cuando transita hacia el Estado de Derecho, en el que su ejercicio implica excepcionar lo decidido mediante sentencia por el poder judicial y, en último término, imponer una derogación singular de la ley que establece con carácter general los tipos penales. Si es el Gobierno, como ocurre en España en el marco de la Ley de 1870, el que ejerce materialmente esa prerrogativa, las dificultades se sitúan en el vértice mismo del principio de división de poderes, y su vuelta de tuerca es el alcance del control jurisdiccional sobre el ejercicio de tal prerrogativa por aquel.

Esta constatación se hace manifiesta a la vista de la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre los márgenes de su propia competencia para controlar la concesión de indultos —que no, en rigor, como veremos, su denegación—. En ella, como adelantamos, centraremos nuestras reflexiones para poder establecer las coordenadas que hacen plausible el control que pueda llevar a cabo el Alto Tribunal sobre los indultos concedidos el pasado mes de junio a algunos —no todos— los condenados por el *procés*. Y ello sin dejar de hacer una reflexión última desde el pasado.

La historia nos enseña también que los indultos han tenido un escenario natural de juego a favor de los condenados por rebelión. La propia Ley del Indulto de 1870, en el febril XIX español, asume con naturalidad —e incluso facilita— la fórmula del indulto a los condenados por rebelión⁷, enlazando con una larga tradición histórica que en España encuentra referentes bien conocidos como el «gran perdón» —selectivo— de Carlos V a los comuneros y que en Cataluña se reeditó históricamente en más de una ocasión, la más cercana en el caso de Companys durante la Segunda República⁸. Tener esto en cuenta pone de manifiesto que la concesión de los indultos que nos ocupa está lejos de significar, en vía de principio, un uso espurio de esta prerrogativa para un fin para que el jamás hubiera sido aplicada. Otra cosa es que ello dé fe del anacronismo, no ya de las condenas, sino de las actuaciones que dieron lugar a las mismas: eso queda a juicio del lector.

3. LOS PARÁMETROS PARA LA CONCESIÓN DEL INDULTO EN EL MARCO DE LA LEY DE 1870

Un breve repaso de los requisitos y las exigencias procedimentales con que se configura la tramitación de los indultos en la Ley de 1870 en su redacción hoy vigente es imprescindible para comprender el alcance con que pueda llegar a desplegarse el control judicial de su ejercicio.

Desde los puntos de vista objetivo y subjetivo, la concesión de los indultos está muy poco condicionada. Tanto por lo que hace a sus requisitos como a su posible alcance y —lo cual es clave— a su justificación. Eso no quiere decir, sin embargo, que sea una facultad

libérrima, solo disciplinada desde el punto de vista procedimental, como ha sostenido tradicionalmente la jurisprudencia.

La Ley de 1870 no prevé ninguna limitación objetiva para la concesión del indulto. Esto es así hoy por hoy, y a pesar de los intentos más o menos recientes de excluir algunos tipos, muy particularmente los delitos de rebelión y sedición, según postuló el Grupo Popular en el Congreso, muy significativamente, en octubre de 2020⁹. Otra cosa es que sobre este principio se impone la limitación que fija la propia Constitución, *ex art.* 102.3, respecto a los propios miembros del Gobierno y sobre la que habrá ocasión de abundar.

El art. 1 de la Ley dispone que los condenados por cualquier clase de delitos podrán ser indultados. Y decimos los condenados porque el indulto solo puede ser concedido cuando se haya dictado sentencia firme, respecto de quienes estén efectivamente a disposición del tribunal sentenciador para cumplir su condena y siempre y cuando no reincidan en la comisión del mismo delito o de otro por el que hubiesen sido condenados por sentencia firme (art. 2). Bien es verdad que esta última condición puede verse excepcionada cuando, a juicio del tribunal sentenciador —de él y no del Gobierno—, «[...] hubiere razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia» (art. 2.3): retengamos esta expresión, que se nos hará familiar. Y que el art. 3 generaliza la excepción —en relación con todos los extremos del art. 2— precisamente para quienes sean penados por una serie de delitos relativos a la seguridad interior del Estado —entre ellos, los de sedición y rebelión—¹⁰. Conviene tenerlo presente¹¹.

La posibilidad, apuntada en el art. 1, de que el indulto sea total o parcial se hace expresa en el art. 4, que identifica uno y otro contemplando como indulto parcial la fórmula de la conmutación de la pena o penas impuestas por otras menos graves. A partir de ahí, la Ley hace una serie de precisiones sobre el posible alcance del indulto, empezando por la que supone la obligatoriedad de especificar tal alcance —a riesgo de incurrir en «nulidad»— (art. 5). Se advierte del carácter implícito del indulto de las penas accesorias a la principal, salvo por lo que hace a las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos, que solo podrán indultarse de forma expresa (arts. 6 y 13) y se abre la posibilidad general de deslindar penas principales y accesorias a efectos del indulto (art. 7). No otra cosa que las penas, en fin, pueden quedar condonadas por el indulto —no lo serán ni la responsabilidad civil ni las costas, según disponen los arts. 6 y 9—. Solo las penas, tal y como tuvo ocasión de precisar el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de febrero de 2013¹², en la que anuló la cláusula que en el indulto concedido a dos banqueros declaraba para ellos inaplicable la previsión reglamentaria que anuda a la concurrencia de antecedentes penales —el indulto no los elimina, por cuanto elimina la pena, pero no el delito— la carencia del requisito de honorabilidad necesario para ejercer labores de administración bancaria.

El art. 11 reserva solo para el indulto total la exigencia de que concurran a favor del penado «[...] razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del tribunal sentenciador», mientras el art. 12 —formulado en términos residuales— descarta tal exigencia para los indultos parciales. Siguiendo la literalidad de la norma, solo en el caso del indulto total deberían concurrir las señaladas razones de «justicia o conveniencia pública de la concesión»¹³ —según el par clásico al que acertadamente reconduce la exposición de mo-

tivos el elenco de posibles causas justificativas¹⁴—, dado que es al tribunal sentenciador, y solo a él, a quien compete apreciarlo, siendo su criterio vinculante para el Gobierno. En lectura *a contrario*, el indulto parcial no requeriría justificación alguna en esos términos.

En la ya mencionada STS de 20 de noviembre de 2013, el Tribunal Supremo ha extendido, como veremos, al indulto parcial la exigencia de justificación bajo los señalados parámetros, una conclusión seguramente más acorde con la necesaria juridificación del ejercicio de esta singular facultad en el Estado de Derecho, pero que hubiera merecido alguna reflexión específica del Alto Tribunal ante la dicción de los preceptos. Volveremos sobre ello. De lo que no ha de caber duda es de que, en los casos de indulto parcial, el criterio del tribunal sentenciador no ha de resultar vinculante, tal y como advertiremos seguidamente.

Son condiciones «tácitas» de todo indulto, sea total o parcial, «[...] que no cause perjuicio a tercera persona, o no lastime sus derechos», y que haya sido oída la parte ofendida en el caso de los delitos privados (art. 15). Que sea oído no implica que sea necesario el «perdón» del ofendido, tal y como se exigía en la redacción original de la Ley, siempre solo en el caso de delitos privados¹⁵, y, antes y ahora, tampoco es requisito para la concesión del indulto que el condenado haya expresado su arrepentimiento. Aquellas y ninguna otra son condiciones de los indultos, a salvo las que puedan imponerse específicamente en cada indulto según —de nuevo— «[...] la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen» (art. 16). El incumplimiento de estas condiciones específicas puede determinar la revocación del indulto, según se extrae, en sentido inverso, de la previsión del art. 18¹⁶.

Si estos son los —limitados, pero no inexistentes— condicionantes sustantivos, desde el punto de vista procedimental la concesión de indultos queda disciplinada en el Capítulo tercero de la Ley.

El procedimiento puede iniciarse a través de tres vías. A instancia de un particular, no necesariamente el penado o sus parientes (arts. 19 y 22); a propuesta del Tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo o el fiscal ante cualquiera de ellos (arts. 20, 27 y 28); o de oficio (arts. 21, 27 y 28¹⁷). Aunque los preceptos no impongan condicionamiento alguno a ninguno de los supuestos, no deja de ser significativo que en la exposición de motivos del proyecto de ley se vinculara la iniciativa del tribunal sentenciador estrictamente a razones de justicia y equidad —en coherencia con lo que dispone el vigente art. 4.3 CP—, sin mención alguna a la conveniencia o utilidad pública, que parece reconducirse más propiamente a la iniciativa gubernamental¹⁸.

En todo caso, corresponderá al ministro de Justicia —no ya al de *Gracia* y Justicia como significativamente aparecía en la redacción original de la Ley 1870 en correspondencia con la denominación entonces asentada del Ministerio— la tramitación del oportuno expediente¹⁹, en la que se requerirá informe del «tribunal sentenciador» (art. 23), salvo que se trate de indultos parciales consistentes en la conmutación de pena en determinados delitos, particularmente —de nuevo— los de rebelión y sedición (art. 29)²⁰. A aquel corresponderá también la ejecución del indulto en el caso de que se conceda (art. 31).

El tribunal sentenciador —que será el que haya fijado definitivamente la pena en caso de recurso, según ha dejado sentado la STS de 17 de marzo de 2014²¹— recabará informe del

jefe del establecimiento penitenciario sobre la conducta del condenado y oír «después» al fiscal y a la «parte ofendida», si la hubiere (art. 24). Estos elementos se sumarán a su propio informe, cuyo contenido se desglosa en el art. 25: en él se harán constar, «siendo posible»²², datos personales del penado como su edad, estado y profesión, su fortuna, sus méritos y antecedentes, en particular los penales, con especial atención a los extremos relativos a las circunstancias de cumplimiento de las penas impuestas, así como al tiempo de prisión preventiva en que hubiese permanecido durante la causa, la parte de condena cumplida y su conducta posterior a la ejecutoria, y «[...] *especialmente*, las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero». El informe deberá integrar cualesquiera otros datos que puedan servir «para el mejor esclarecimiento de los hechos» —dice con cierta inercia procesalista el precepto, en la que abunda el art. 26 al precisar que el informe deberá integrar la hoja histórico-penal del condenado y el testimonio de la sentencia ejecutoria—, y concluirá con el propio dictamen del tribunal sobre la «justicia o conveniencia» —he aquí el ya mencionado par— de la concesión de la gracia y de la forma en que haya de concederse, en su caso.

Se trata, en definitiva, de un informe del tribunal sentenciador, que a los elementos fácticos acompaña un dictamen propio sobre la «oportunidad» —digámoslo genéricamente— de la concesión del indulto sin que, como tal, sea vinculante para el Gobierno, salvo en el caso de los indultos totales²³, aunque, como veremos, resulte *condicionante* a la luz de la última doctrina del TS.

La concesión de los indultos se hará, dice el art. 30 lacónicamente, en Real Decreto, que será publicado en el BOE. La redacción vigente del precepto, introducida por la Ley de 1988 por lo que se justificó como mera adaptación terminológica, desconoce la exigencia expresa de motivación, lo que implica un intenso efecto regresivo que la jurisprudencia no tuvo recato en respaldar hasta la STS de 20 de noviembre de 2013²⁴. La práctica posterior viene cumpliendo con fórmulas rituarías tal exigencia, apartándose de los buenos argumentos con lo que hace casi 150 años se justificaba apelando al «[...] fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional» y razonando —en lo que se refiere a su debida publicación— que «[...] los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes no temen la publicidad y el juicio de la opinión». De ello parecía hacerse partícipe el grupo parlamentario socialista en el Congreso cuando en septiembre de 2016 incorporó en su propuesta de ley de reforma de la de 1870 la expresa exigencia de motivación²⁵.

Lástima que un año antes, en 2015, no se aprovechara la propia Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, para reintroducir expresamente en el art. 30 esta elemental exigencia de la mano de la introducción de una Disposición adicional que cierra el texto, en aplicación de la cual el Gobierno presenta al Congreso de los Diputados un informe semestral sobre la concesión y denegación de indultos cuyos datos se presentan por el subsecretario de Justicia ante la Comisión de Justicia. Bienvenida sea la transparencia en sede parlamentaria, por más que —amén de que se agota en sí misma, pues la Comisión no hace sino darse por informada— no suple la debida expresión en la publicación de cada indulto concedido de las razones que avalan su concesión.

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LA PRERROGATIVA DE INDULTO: LA STS DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013 COMO REFERENTE

Un repaso de las sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con las concesiones o denegaciones de indultos pone de manifiesto la extrema incomodidad que genera el tratamiento de la cuestión. De ello dan testimonio elocuente los múltiples votos particulares que han acompañado a las sentencias más significativas en la materia: en particular, la reiteradamente citada de 20 de noviembre de 2013, que marcó un antes y un después²⁶. Pero tanto o más que ello, las ambigüedades, particularmente dogmáticas, en las que se debate —dicha esta expresión en su sentido más pleno— la posición del Alto Tribunal.

Esta advertencia de partida impone un análisis pormenorizado de las sentencias recaídas en la materia que, en cuanto tal, evidentemente excede de la ambición y oportunidad de estas páginas. Es posible, sin embargo, extraer algunas líneas claves de tal jurisprudencia que nos orienten en el objetivo propuesto de anticipar con qué criterios —y, en último término, en un ejercicio de especulación, con qué alcance— la Sala Tercera del Tribunal Supremo podrá llegar a pronunciarse sobre los indultos concedidos a los condenados en el *proceso*.

La gran mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en materia de indultos tienen por objeto resoluciones denegatorias. Ello obedece a una razón obvia: frente a estas recurren sin impedimentos los condenados insatisfechos, mientras que frente a las resoluciones estimatorias la infrecuente iniciativa de terceros se enfrenta, por añadidura, al problema de la legitimación²⁷. Cuestión esta a la que el Tribunal ha respondido mediante la aplicación de su consolidada doctrina sobre la legitimación, declarando que está legitimado para recurrir contra la concesión de un indulto cualquiera que fuera parte en el proceso penal previo o en el procedimiento para la tramitación del indulto²⁸, si bien no ha dejado de obviar este criterio en el caso de una asociación ecologista en atención, en último término, al reconocimiento de una acción popular en la materia²⁹, no así en el caso de una asociación vinculada a la defensa de las víctimas de la violencia de género³⁰. De esta doctrina habremos de partir al plantearnos la cuestión en relación con los indultos del pasado junio.

El desequilibrio señalado encuentra también reflejo en la propia doctrina del Tribunal Supremo. De modo que la doctrina plana y lapidaria que venía reiterándose en tantas ocasiones en las que el TS había de conocer de desestimaciones de indultos se ha visto cuestionada, en el seno del propio Tribunal, en las contadas ocasiones en las que el objeto del recurso era la concesión de un indulto, ofreciendo soluciones *ad casum* que no permiten reconocer, a día de hoy, una posición acabada sobre la cuestión.

El Tribunal Supremo había venido apoyando sus monolíticas desestimaciones de los recursos interpuestos contra denegaciones de indultos en una doctrina muy elemental que, de forma pragmática, huía de profundidades dogmáticas. A la afirmación de la inexistencia de un derecho al indulto, se anudaba la consideración de que su concesión «[...] es un derecho de gracia no susceptible de control judicial más que en lo que a algunos aspectos

se refiere», limitando estos a los meramente procedimentales y, muy en particular, a los relativos a la solicitud y emisión de los informes previstos en el Capítulo tercero de la Ley, insistiendo en su carácter preceptivo, pero no vinculante. En estos términos se pronunciaron múltiples sentencias que apelaban al carácter consolidado de esta doctrina³¹. En algunas de ellas se llegaba a negar taxativamente el carácter administrativo de estos actos³², particularmente para descartar que fuera exigible para ellos la obligación de motivación que impone la legislación administrativa³³.

Instalado el Tribunal Supremo en esta cómoda doctrina, se vio por primera vez obligado a llevar a cabo una reflexión más profunda en diciembre de 2005, cuando hubo de conocer de un recurso contra la denegación de un indulto adoptada —eso sí— por un Gobierno en funciones. Esta circunstancia —que imponía ahondar en la naturaleza de la *potestad* de indulto, utilizada esta expresión conscientemente en sentido genérico— suscitó un intenso debate en la Sala —ilustrado por el cambio de ponente y la suma de votos particulares que disientían de la sentencia³⁴—. La posición mayoritaria del Tribunal Supremo parte de que el acuerdo de denegación del indulto es un «acto del Gobierno» susceptible de control jurisdiccional en el marco del art. 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), lo que implica que podrá pronunciarse sobre «[...] la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes». Y ello —según se desprende del precepto— con independencia de cuál sea su naturaleza, incluso si se tratara de actos de «dirección política», lo que en el caso de autos reconduce el problema a valorar si un Gobierno en funciones puede resolver expedientes de indulto, según ello exceda o no el «despacho ordinario de los asuntos públicos», en los términos del art. 21.6 de la Ley del Gobierno.

Ceñido el debate a si concurría o no en el caso el «elemento reglado» de si el Gobierno en funciones era o no competente, en definitiva, para denegar el indulto en cuestión, las circunstancias del caso —se trataba de la denegación de un indulto «en masa»— condujeron al Tribunal a la conclusión de 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» (FJ 10). Afirmación esta en la que el matiz «en principio» cobra todo el sentido si lo proyectamos al caso de los indultos que nos ocupan, cuya hipotética concesión por un Gobierno en funciones muy difícilmente conduciría a la misma conclusión. Este contraste pone en evidencia algo que late en la propia Ley de Indultos, expresado en el par «justicia o conveniencia pública» como posible justificación alternativa a los indultos. Y es que no cabe duda de que en función de dicho par se puede concluir que hay indultos e indultos, dado que la carga *política* en la adopción de los segundos en absoluto está presente en los primeros, por más que en unos y otros nos encontremos ante actos gratificables, como de hecho recuerda la propia sentencia que glosamos para recordar que no existe un derecho al indulto.

Estas apreciaciones no contradecían, conviene advertirlo, la doctrina ya consolidada, que el TS siguió aplicando mediante el recurso invariable a la tesis de la no exigibilidad

de motivación, tesis basada en el argumento de la inaplicabilidad de la entonces vigente Ley 30/1992 por no tratarse de actos administrativos³⁵. Las crecientes alegaciones de vulneración del principio de igualdad en supuestos de denegación de indultos se respondían lapidariamente afirmando que no se aportaban términos de comparación válidos.

Como hemos avanzado, el punto de inflexión vino dado por la STS de 20 de noviembre de 2013. El mismo año, justamente nueve meses antes, el Tribunal ya había tenido ocasión conocer de una concesión de indulto, abriendo una primera brecha en la monolítica doctrina *noli me tangere*. En su sentencia de 20 de febrero de 2013, según anticipamos, el Tribunal Supremo llegó a anular parcialmente el decreto que concedió el indulto a dos banqueros por cuanto en el mismo se había incorporado una cláusula eximente de la aplicación de unas previsiones reglamentarias que impedían el ejercicio de actividades de administración bancaria a los que contaran con antecedentes penales, que el indulto no elimina. Sin perjuicio de afirmar que el indulto es una «[...] prerrogativa que pertenece a la categoría de actos graciables cuya concesión o denegación es libérrima para el poder público titular de la misma» (FJ 7), el Tribunal superó así el criterio del control meramente procedimental para adentrarse en el contenido mismo del indulto. No en la legitimidad de su concesión, sino en la delimitación de su alcance a la luz de los límites que al efecto impone la Ley de 1870 (F J 8).

En este planteamiento, el Tribunal descarta que estemos en presencia de una potestad administrativa, asumiendo que se trata de un «acto político», un acto político —eso sí— bien distinto de «[...] aquellos que son propios del Gobierno en su función de dirección política del Estado, en los que la ley no prefigura normalmente ni su extensión ni su contenido y solo la Constitución les da cobertura» (FJ 10). Esta afirmación resulta coherente con la apelación al valor justicia: la resolución declara que el indulto se justifica «[...] en el intento de consecución de la justicia material del caso concreto» (FJ 9 y el propio 10, con cita del ATC 360/1990). Pero, en sus términos taxativos, viene a desconocer ese otro gran espacio de la «utilidad» o la «conveniencia pública» que la propia Ley de 1870 contempla como criterio habilitante para el ejercicio del derecho de gracia, empapándolo, sin duda, de consideraciones de dirección política, cuando no convirtiéndolo directamente en instrumento de la misma, como demuestran los indultos del *procés*.

El paso dado en febrero de 2013 por la Sección Sexta de la Tercera del Tribunal Supremo —en todo caso, relativo, como lo demuestra que las sucesivas sentencias de 9 y 29 de mayo insistieran en el carácter libérrimo de la decisión misma de conceder o no el indulto, no siendo exigible su motivación³⁶— le resultó insuficiente a la Sala en Pleno, convocada por su presidente en otoño de 2013, para resolver un nuevo recurso contra la concesión de un indulto. Este mismo dato da fe del debate suscitado en el seno del Tribunal, en lo que abunda el cambio de ponente —que significativamente era, en principio, Lesmes Serrano, como lo fue de la Sentencia de 20 de febrero— y el extraordinario número de votos particulares que acompañan a la sentencia, algunos de ellos concurrentes.

En su sentencia de 20 de noviembre de 2013, el Tribunal Supremo en Pleno, aun por una mayoría limitada, concluyó que el control jurisdiccional sobre los indultos puede alcanzar a ese núcleo decisorio hasta entonces considerado intangible, por cuanto la pros-

cripción de la arbitrariedad que el art. 9.3 CE proyecta sobre todos los poderes públicos convierte en ilegítima la concesión de indultos que incurra en «[...] error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica» en función de las razones de «justicia, equidad o utilidad pública» que, a juicio del TS, deben hacerse expresas en el Real Decreto de indulto por exigencia del art. 11 de la Ley de 1870, más allá de que el art. 30 ya no exija la motivación de aquel³⁷.

El lector atento recordará que este art. 11 se refiere exclusivamente al indulto total y deja en manos del tribunal sentenciador la valoración de esos extremos, siendo su criterio vinculante para el Gobierno. El Tribunal Supremo extrae, sin embargo, de este precepto una exigencia de motivación para cualesquiera indultos, totales o parciales —como era el caso de autos, en el que se indultó a un conductor kamikaze conmutándole la pena por una sensiblemente inferior—, y asume que el Real Decreto que conceda un indulto debe hacer expresas las razones de «justicia, equidad o utilidad pública» que avalan su concesión, siendo así que a él corresponderá ejercer un «control meramente externo» sobre el mismo, examinando si existe «coherencia lógica» entre las causas alegadas y los elementos fácticos que constan en el expediente, «[...] de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida (basada en las expresadas razones legales de “justicia, equidad o utilidad pública”), con la realidad plasmada en el expediente y que constituye su presupuesto inexorable, “tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 de la Constitución-, que en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna”» (FJ 8, con cita de sentencias previas sobre el control de la arbitrariedad *de la Administración*, eso sí).

Que el Tribunal Supremo, en una verdadera pirueta respecto de su doctrina anterior —de la que se hace eco sin mayor dialéctica—, busque embridar la actuación del Gobierno respecto de los indultos apelando al control de la arbitrariedad de los poderes públicos —en genérico, y no de la Administración, pues insiste en que no estamos en presencia de una potestad administrativa, con lo que descarta que pueda aceptarse cualquier alegación de desviación de poder (FJ 6.5º)³⁸—, parece venir a suplir, doscientos años después, los recelos de los diputados doceañistas, que, temerosos de la «arbitrariedad» (*sic*) ínsita en el ejercicio de la facultad de indulto, vinculaban su mantenimiento al perfeccionamiento de la ley penal, por entender que solo debe actuar excepcionalísimamente frente a la aplicación debida de aquella «si es justa». La «arbitrariedad consustancial» a la prerrogativa de indulto estuvo también muy presente en la tramitación de la Ley finalmente aprobada en 1870, en este caso —conviene advertirlo— para reivindicarla frente a los posibles excesos en su juridificación³⁹.

Se llega, así, al núcleo duro del alcance posible del control sobre el ejercicio del derecho de indulto, lo que supone enfrentarse con la legitimidad misma de la institución en el seno del Estado de Derecho. Téngase en cuenta, además, que el control de la arbitrariedad conduce derechamente al control de las vulneraciones del principio de igualdad, que el Tribunal Supremo ha venido descartando antes y después de la sentencia que nos ocupa

apelando a la falta de identidad de los supuestos en presencia, cuando lo determinante es seguramente que no existe propiamente un derecho al indulto. Extremo este que el Tribunal ha venido a reiterar con posterioridad a la sentencia que glosamos en las no escasas ocasiones en las que se han recurrido denegaciones de indultos, algunas tan recientes como la resuelta por la STS de 21 de mayo de 2021, en la que se insiste en que las mismas no tienen que estar motivadas⁴⁰.

No faltan tampoco ejemplos de sentencias posteriores que conocen de concesiones de indultos. En ellas cabe calibrar el verdadero alcance de este cambio jurisprudencial. De las tres que ha habido, todas estimatorias, dos se atienen a un criterio meramente formal: la falta de uno de los Informes exigidos por la Ley, en función de la precisión de que debe considerarse que corresponde emitirlo —como adelantamos— al tribunal de apelación o casación si es que hubiere modificado la pena impuesta en instancia⁴¹. Más interés tiene, sin duda, la STS de 20 de marzo de 2018, en la que el TS llega a dar un paso más en su doctrina a la vista de un Real Decreto de concesión de indulto otorgado por un Gobierno en funciones, extremo que valida mediante la doctrina que nos es conocida.

En este supuesto, el Tribunal basa su estimación en un escrutinio sustantivo, y no meramente formal, del contenido del Real Decreto recurrido. De esta segunda condición podría tratarse en lo que se refiere a la censura que supone entender que, en la medida en que aquel apela rituariamente y sin precisión alguna a las razones de «justicia y equidad» que concurrirían en el caso, siendo los informes emitidos negativos, el Consejo de Ministros debió justificar qué concretas razones le habían animado a conceder el indulto. El Tribunal Supremo dota así a los informes emitidos en el procedimiento de indulto de un carácter «condicionante», que no vinculante, en coherencia con su nueva doctrina sobre el control de la arbitrariedad en la concesión de los indultos. De carácter sustantivo es, sin embargo, la censura que toma en consideración que el indulto anulado viene a sumarse a dos previos en los que, además, se impusieron condiciones que no habrían sido cumplidas, con lo que el Tribunal Supremo se adentra en apreciaciones sobre el núcleo mismo de la motivación del indulto, anticipando su propio criterio sobre la falta de legitimidad del mismo sin posible dialéctica con los motivos del Gobierno, que se desconocen⁴².

5. LOS INDULTOS DEL PROCÉS ANTE EL SUPREMO

Tal y como se ha explicado, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha fijado un canon para el control de las resoluciones del Consejo de Ministros de concesión de indultos que se asoma —e incluso parece querer llegar a traspasar— al núcleo mismo de su motivación.

En palabras de la STS de 20 de noviembre de 2013, «[...] entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” (legalmente exigibles), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente “asequible”, por el que debe transitarse con los instrumentos de la

lógica jurídica». En el caso de la STS de 20 de marzo de 2018, este espacio fue transitado —cuando no franqueado— hasta el punto de anticipar criterios valorativos en contra de la concesión a falta de la explicitación de sus razones en el Real Decreto recurrido.

Esta doctrina se ha construido sorteando la cuestión de la naturaleza de la *prerrogativa* de indulto, que se acaba resolviendo, no sin contradicciones, más por negación que por afirmación. Particularmente, la STS de 20 de noviembre de 2013 insiste en que se trata de un acto discrecional del Gobierno, pero afirma que es irrelevante su consideración como «acto político» del Gobierno, a la par que se niega su condición de acto administrativo.

La relativización de la consideración del indulto como «acto político» se explica, sin duda, por el afán de enfatizar que, en el ordenamiento vigente, tal calificación no supondría nunca un blindaje frente al control judicial. Así se desprende del ya citado art. 2.a) de la LJCA, que, como corolario de una larga evolución normativa y jurisprudencial que la propia STS glosa, somete todos los «actos del Gobierno», «cualquiera que fuese [su] naturaleza», a un núcleo de control relativo a sus elementos reglados, a la protección de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados y a la fijación de las indemnizaciones que pudiera corresponder⁴³. No hay ya, pues, espacios exentos al control judicial de la actuación del poder ejecutivo: otra cosa es el grado de ese control, inevitablemente atenuado cuando el escrutinio se proyecta sobre actos de *sustancia* política.

Tener esto en cuenta es fundamental en el asunto que nos ocupa. Y ello porque, tal y como hemos anticipado, cuando se trata de ejercer la prerrogativa de indulto —lo que, sin duda, no es una potestad administrativa, y tampoco una genuina función de Gobierno, conviene recordarlo—, hay indultos e indultos y, en algunos casos —como en el de los que suscitan estas reflexiones—, en su otorgamiento hay una indudable carga de dirección política. En estos casos, la concesión del indulto se reconduce más propiamente a consideraciones de «conveniencia pública» más que de «justicia o equidad», presentes en la concesión de indultos dirigidos a la consecución de la justicia material del caso o la anticipación de las consideraciones de justicia general que abocan a una reforma legislativa.

Esta distinción de supuestos, que resulta latente en el par justicia *versus* conveniencia pública que la Ley del Indulto maneja con soltura, no ha sido perfilada —ni siquiera apuntada— por la doctrina del Tribunal Supremo. Recordemos simplemente su posición favorable a reconocer al Gobierno en funciones facultades para resolver, *en principio*, los expedientes de indulto. Ocasión no le faltó, sin embargo, para poner de relieve esta divergencia en el sustrato justificativo de los indultos, aunque fuera asunto de menor calado que el que suscita estas páginas, cuando hubo de conocer del caso de los indultos a los banqueros, que el Tribunal anuló solo en el «exceso» de contenido, pero no en la decisión misma —calificada de libérrima— de indultar.

Con todo, es significativo que, una vez dictada la STS de 20 de noviembre de 2013, todos los indultos concedidos, según la formulación de los correspondientes Reales Decretos publicados en el BOE, lo fueron por razones de «justicia y equidad». Los que se han otorgado a nueve de los condenados del *procés* —no a todos— son los primeros que incorporan la referencia a la «utilidad pública» en su motivación, aun exigua en el texto publicado⁴⁴.

Efectivamente, amén de referirse, sin más, a las «circunstancias» del condenado, los nueve Reales Decretos publicados utilizan como fórmula de motivación la apelación a los «[...] motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del ministro de Justicia». Motivación rituarial, en fin, que pudiera sufrir la censura del Tribunal Supremo en la estela de su sentencia de 20 de marzo de 2018 si no quisiera ver colmada la obligación de motivación con la remisión a la propuesta del ministro.

A la vista de las propuestas del ministro que han trascendido, los motivos de «utilidad pública» aducidos por el Consejo de Ministros para la concesión de los indultos son eminentemente políticos. De hecho, la propuesta pone el énfasis —intencionadamente— en la condición de acto político del indulto, y apela a la «concordia», a la «convivencia democrática» y al «diálogo». Sin dejar de resultar sorprendente la carga política —sustentada en apreciaciones de política interior— de un documento rubricado por el ministro de Justicia, lo que está claro es que tal planteamiento hace poco «asequible», jurídicamente, el control por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que difícilmente podrá apreciar arbitrariedad, error manifiesto o irrazonabilidad en un espacio en el que las consideraciones estrictamente políticas —en términos de decisión pura— otorgan un margen de decisión libérrimo al Gobierno⁴⁵. Dado que en este caso, por las razones en que se sustenta, la concesión del indulto es un acto *sustancialmente* político, su control difícilmente puede —y debe— exceder la esfera delimitada por el art. 2.a) LJCA, sin que parezca que en estos casos haya sido desconocida ninguna de las exigencias sustantivas y procedimentales determinadas por la Ley del Indulto para los indultos parciales, como es el caso.

Cosa distinta habría ocurrido si los motivos expresados por el Gobierno —en este caso, a través, paradójicamente, de la propuesta del ministro de Justicia— se hubieran movido en la órbita de la «justicia y equidad», espacio al que ciñe su informe —salvo alguna apreciación más arriesgada a vueltas con la aplicación al caso de la excepción del art. 102.3 CE⁴⁶— la Sala Segunda del Tribunal en su condición de tribunal sentenciador. No podría ser de otra manera, porque al Tribunal Supremo no le corresponde hacer apreciaciones políticas, lo que redundaría en la consideración de acto materialmente político en este caso.

Recordemos que, según dejó sentado la STS de 20 de marzo de 2018, los informes del tribunal sentenciador son condicionantes para el Gobierno a la hora de otorgar un indulto parcial. Y lo son por cuanto el Gobierno debe motivar de forma reforzada la concesión de un indulto ante los informes negativos del tribunal sentenciador —y, en último término, del fiscal y la Administración penitenciaria, cuyos informes, como sabemos, se reconducen a los del Tribunal—, debiendo entrar en una imprescindible dialéctica que contraargumente las razones expuestas por aquel. En la medida en que en este caso el Gobierno se mueve en una esfera plenamente propia, política, ha evitado —probablemente de forma intencionada— dicha confrontación, que en este caso encontraría un espacio propicio, y especialmente delicado, en las razones de justicia «anticipativa» que plantearía la cuestión de la despenalización de la sedición⁴⁷. Es este el ámbito al que voces autorizadas ciñen las posibilidades del indulto en el Estado de Derecho moderno, vinculándolo exclusivamente al juego de la anticipación en el caso concreto de una solución de debida generalización a través de la reforma que el Código Penal contempla —hoy— en su art. 4.3⁴⁸.

Lo expuesto no es óbice para una consideración que se adentra también en los confines en los que la institución del indulto puede desenvolverse en el Estado moderno. Por más que los indultos concedidos se sustenten en razones estrictamente políticas, siendo el indulto de concesión individualizada, no deja de plantearse la cuestión del distinto trato dispensado a los condenados —para más condenados que los indultados se solicitó el indulto, según consta en el informe, llamativamente único, de la Sala segunda del TS— y de unos indultados respecto de otros en punto al plazo de la condición de no reincidencia, genérica, que se les impone a todos. Bien es verdad que el Tribunal Supremo ha venido insistiendo, como sabemos, en que no hay un derecho al indulto en tantos supuestos como, antes y después de la STS de 20 de noviembre de 2013, ha resuelto recursos contra denegaciones de indultos, pero una vez que esa misma sentencia introduce el ariete del control de la arbitrariedad en el escrutinio de las concesiones —que no denegaciones— de indultos, difícilmente podrá obviar tratamientos divergentes no justificados en razones plausibles. Como vimos, la idea misma de equidad lo exige.

A estas cuestiones deberá enfrentarse el Tribunal Supremo, en la medida en que se le susciten, al resolver los recursos que ya se le han planteado. Y ello siempre y cuando estos recursos no se inadmitan por razones de falta de legitimación. El Tribunal Supremo ya ha dictado varios autos denegando las peticiones de medidas cautelarísimas y cautelares presentadas por varios exparlamentarios catalanes pertenecientes al partido Ciudadanos y solo de cautelares presentadas por el partido VOX⁴⁹. Aunque en unas y otras se aplica la doctrina conforme a la cual las cuestiones de legitimación no deben dirimirse en fase cautelar, en relación con la legitimación de VOX se han anticipado argumentos que ponen de manifiesto que la condición de fuera acusación popular en el proceso penal no se traduce en la legitimación para ser parte en el procedimiento del indulto, como de hecho se le denegó por la Sala Segunda del TS en auto de 6 de junio de 2021. La condición de exparlamentarios de los recurrentes de Ciudadanos que se postula para alegar su condición de víctimas no se tradujo, sin embargo, en su condición de partes ni en el proceso penal ni en el del indulto, extremo este que —en la doctrina de la Sala Tercera del TS, como nos consta— es determinante para admitir la legitimación. La proyección de esta doctrina sobre la legitimación del Partido Popular, que ha hecho pública la interposición de los respectivos recursos, conduce con más razón a dudar de su admisibilidad.

Estas dificultades desde el punto de vista de la legitimación podrían llegar a hurtar una ocasión única para que el Tribunal Supremo pule los perfiles de su doctrina sobre el control jurisdiccional de los indultos, planteándose frontalmente su alcance cuando el indulto es concedido por razones confesadamente políticas. Lo que late, en último término, es el problema de la incardinación en nuestro ordenamiento constitucional de una figura tan *desconcertante*, cuando no *irritante*, para los postulados del Estado de Derecho.

Si se admitiera que el indulto es una figura necesaria y conveniente, y que lo es —en particular, para ciertos casos— como instrumento netamente político, habría que aceptar que el control judicial sobre su concesión puede llegar hasta donde puede llegar —difícilmente más allá de los márgenes del art. 2.a) de la LJCA, de admitirse lo segundo— a riesgo de suplantar la esfera de acción del poder ejecutivo por el judicial. Un debate sereno sobre

su debido alcance sería casi imprescindible después del fragor de un caso tan inevitablemente polémico como el que ha suscitado estas reflexiones, debate que debe residenciarse, en último término, en el legislador, que 150 años después de que se aprobara la Ley del Indulto —bien razonable en sus propios términos, conviene decirlo— debería verse intimado a tomar el testigo.

NOTAS

1. En los términos del art. 62 i) de nuestra vigente Constitución, corresponde al rey «[...] ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales», mientras que el artículo 73. Sexto de la Constitución de 1869 reconocía al rey el derecho «[...] a indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes, salvo lo dispuesto relativamente a los ministros». La posibilidad de conceder indultos generales se contemplaba, con todo, en el artículo siguiente, condicionada a la aprobación de una ley especial (apartado Quinto).
2. Así lo hace notar Requejo Pagés (2001), ilustrando los enjundiosos términos en los que en 1812 se debatió la constitucionalización de una prerrogativa cuyo mantenimiento y debida asignación al rey no fueron discutidos.
3. A tal fin, el Decreto de 22 de abril de 1938 confirmó la vigencia de la Ley de 1870, si bien descartando la intervención del Consejo de Estado en los expedientes y reivindicando la «potestad de clemencia» como una facultad irrenunciable del soberano, es decir, de Franco.
4. Conviene consignar que en la Constitución de 1931 el indulto particular se residenció con carácter general en el Tribunal Supremo, debiendo solicitarlo el tribunal sentenciador, reservándose para el presidente de la República el indulto en el caso de los delitos castigados con la pena de muerte. Esta previsión constitucional excepcional es la que determinó que fuera el presidente de la República, y no el Tribunal Supremo, el que concediera el indulto a Companys, según recordaremos, toda vez que había sido condenado a muerte.
5. En 2015 se introdujo en la Ley una disposición adicional para habilitar, en sede parlamentaria, un mecanismo de transparencia del ejercicio de esta prerrogativa por el Gobierno, si bien sin márgenes para un verdadero control. A ello nos referiremos posteriormente.
6. En rigor, esta conclusión estaba también presente en el momento de aprobación de la Ley en 1870, según refiere Requejo Pagés (2001: 93).
7. Los requisitos subjetivos para la concesión del indulto y, en particular, el que impide su concesión a los reincidentes, quedaban —y quedan— excepcionados para «los reos de los delitos de sedición y rebelión», al decir de la exposición de motivos del proyecto de ley: «La naturaleza de los delitos de esta clase, el carácter y condiciones de la sociedad de nuestra época, y aun altas consideraciones de gobierno, demuestran la necesidad de esta excepción». A ello se suma, en el art. 29, la posibilidad de su concesión como indulto parcial por conmutación de pena sin requerir informe del tribunal sentenciador. Que el propio presidente del Gobierno proponente de la ley, el Sr. Ruiz Zorrilla, fuera él mismo reo de dichos delitos ofrece un dato bien significativo al respecto.
8. Linde Paniagua (1976: 14, en nota) refiere este y otros supuestos bajo la consideración de «amnistías políticas».
9. *Vid.* Proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso el 2 de octubre de 2020 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 115-1, de 02/10/2020, p. 1), que fue

rechazada por el Congreso el pasado 29 de junio (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-115-2 de 28/06/2021, p. 1). El Grupo Parlamentario Socialista, por su parte, cuatro años antes, también intentó acotar el ámbito objetivo del indulto, en este caso proponiendo la modificación del art. 3 a través de la Proposición de Ley presentada en el Congreso el 9 de septiembre de 2016 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 20-1, de 09/09/2016), para excluir la concesión del indulto «[...] cuando se trate de delitos cometidos por una autoridad en el ejercicio de su función o cargo público, o prevaliéndose del mismo» —eso sí, con una concreta finalidad: la de «[...] obtener un beneficio económico para sí o para tercero»—, o «[...] cuando la condena sea por delito relacionado con la violencia de género». A esta previsión se unían nuevas redacciones para los arts. 5, 11 y 30 con la finalidad de acotar y reforzar la exigencia de motivación de los indultos, en particular totales, en los términos que se enunciarán oportunamente. La proposición de ley decayó, finalmente, por agotamiento de la legislatura.

10. La Ley de 1988 modificó este artículo 3 para establecer sustancialmente la correspondencia en el seno del entonces vigente Código Penal de 1944 con los delitos identificados en la redacción original de la Ley, referidos al recién aprobado Código Penal del mismo 1870. No es descartable que la traslación de estas previsiones al texto del Código Penal hoy vigente pueda llegar a plantear puntualmente dudas.

11. Ello implicará, en particular, que la reincidencia en este delito no impedirá indultos sucesivos, lo que anima a traer a colación los elocuentes argumentos de la exposición de motivos del proyecto para justificar el requisito de no reincidencia que se establece como regla: «[...] porque no son dignos de la gracia, que si se les otorgase produciría el funesto efecto de favorecer la impunidad y de alentar al delincuente en la senda del crimen».

12. STS 546/2013.

13. El legislador maneja indistintamente las expresiones «conveniencia» y «utilidad» pública. Aunque esta segunda pueda resultar más equívoca, es la que se utilizó en las Cortes de Cádiz como causa justificante del indulto en una elocuente intervención del Diputado Gómez Fernández que quedó reflejada en el Diario de Sesiones (p. 2.086) en los siguientes términos: «Fue del parecer de que debía aprobarse el artículo conforme está, pues que en él se previene que el rey debe usar de esta facultad con arreglo a las leyes; y como en estas se señalen los casos en que puede haber lugar a los indultos, a saber: cuando lo exigen la necesidad ó utilidad pública, ó por razón de algún acontecimiento favorable, etc., dijo que no corría peligro que procediese el rey con los indultos con la arbitrariedad (*sic*) que se había supuesto».

14. Si nos atenemos a la tercera acepción de la RAE, equidad no es otra cosa que «[...] justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva», con lo que no ha de extrañar que en el término justicia se pueda integrar el sentido de la equidad a la que igualmente apela la Ley del Indulto. Incluso si se encuentra en este término el matiz que, vinculándolo con el principio de igualdad y no discriminación, se refleja en la acepción quinta: «Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece».

15. La formulación vigente procede del Real Decreto-Ley de 6 de septiembre de 1927, si bien con la eliminación por la Ley de 1988 de la referencia a los indultos generales, por coherencia con el texto constitucional. Que tal exigencia solo es aplicable en caso de los delitos privados insiste la STS de 17 de febrero de 2010 (STS 547/2010).

16. Que dice: «La concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado». Será causa de revocación, en todo caso, el incumplimiento por el penado de la pena impuesta por el indulto a cambio de la que le fue conmutada en el caso de indultos parciales, según establece el art. 14.

17. A estos expedientes el art. 28 —en la redacción introducida por la reforma de 1988— les dota de carácter preferente cuando haya conformidad del Ministerio Fiscal, el establecimiento penitenciario y el ofendido. De hecho, la razón de ser de la reforma no era otra que agilizar la tramitación de los indultos de

este tipo, que se solicitaban de forma creciente, lo cual no deja de encerrar la gran paradoja de mecanizar la vía de excepción cuyo sentido, en pos en este caso de la justicia y la equidad, es anticipar *ad casum* la solución que demanda su generalización mediante una reforma legal.

18. En las propias palabras de la exposición: «Los mismos tribunales, al cumplir la severa misión de aplicar la ley, y aun el fiscal encargado de pedir su cumplimiento, podrán proponer el indulto del sentenciado cuando crean que la justicia o la equidad pueden sufrir agravio por el inflexible rigor del precepto escrito». Recordemos la acepción de equidad más arriba transcrita.

19. La tramitación del expediente no supone la suspensión de la ejecución de la pena, que —muy significativamente— el art. 32 solo contempla, y no en términos absolutos, en el caso de condenas a muerte (*sic*, en redacción que la Ley de 1988 no ha modificado, lo que no deja de ser coherente con el art. 15 CE).

20. Resulta así que, en el caso de los indultos que suscitan estas reflexiones, si los reos solo hubieran sido condenados por el delito de rebelión y se les hubiera conmutado la pena (que no simplemente eliminado por lo que a la de prisión respecta) podría haberse obviado del informe de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su condición de tribunal sentenciador.

21. STS 847/2014. Lo determinante será si el tribunal que conozca en apelación o casación modifica la pena.

22. Esta precisión permitió a la STS de 17 de febrero de 2010 (STS 547/2010) desestimar una alegación que hacía notar que el correspondiente informe carecía de determinados extremos. En ello redunda la STS de 28 de mayo de 2013 (STS 2720/2013).

23. Tampoco lo era el informe del Consejo de Estado que la ley de 1988 suprimió, como lo hizo respecto de toda la intervención de este órgano consultivo en la tramitación de los indultos que preveía la redacción original.

24. Requejo Pagés (2001: 105) da cuenta de los términos, subrepticios, mediante los que, por inadvertencia o con toda intención, se introdujo un cambio de tanto calado mediante enmienda del Grupo Socialista en el Congreso que se justificó en un mero cambio de «terminología».

25. La redacción propuesta en la Proposición más arriba referenciada era la siguiente: «Artículo 30. La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto motivado que se insertará en el Boletín Oficial del Estado donde se recogerán las razones de justicia, equidad, utilidad pública o debida reinserción social del penado que concurren en la concesión del indulto a juicio del Gobierno. Asimismo el citado Real Decreto deberá contener las demás circunstancias citadas en el artículo 5 de esta Ley», donde tal precepto declaraba nulos e inejecutables los indultos «[...] en que no se hiciera mención expresa, al menos, a la pena en que recaiga la gracia, al delito cometido, al estado de ejecución, en su caso, de la pena impuesta, al título de imputación, al origen de la solicitud de indulto y, finalmente, a la motivación que, a juicio del Gobierno, ha justificado su concesión».

26. Fernández (2014) la califica de auténtico *leading case* en un comentario encomiástico. Del interés suscitado por la sentencia dan cuenta igualmente los comentarios de Díez Sánchez (2014) y Chinchilla Marín (2015).

27. Sin perjuicio de los supuestos de recurso del propio indultado cuando le resulta insatisfactorio el recurso parcial, como fue el caso del resuelto por la STS de 11 de diciembre de 2002 (STS 8308/2002).

28. La cuestión se suscitó particularmente en relación con el recurso contra el indulto concedido a los administradores del Banco de Santander que fue interpuesto por dos accionistas del mismo, recurso resuelto por la STS de 20 de febrero de 2013 (STS 546/2013), a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos y

sobre la que volveremos. La posición favorable a la legitimación que se justifica en el FJ 7 fue anticipada por sendos Autos de 3 de mayo de 2012 (ATS 4490/2012) y 12 de junio de 2012 (ATS 6896/2012).

29. Así fue en el caso de la STS de 8 de junio de 2015 (STS 2564/2015), a la que acompaña un voto particular en contra que ofrece muy razonables argumentos para rechazar en este caso la legitimación.

30. En el caso de la STS de 20 de marzo de 2018 (STS 935/2018), que glosaremos posteriormente, y que se hace eco de la previa STS de 16 de mayo de 2017 (STS 851/2017), que inadmite un recurso equivalente interpuesto por la misma asociación.

31. Así, la STS de 3 de junio de 2004 (STS 3836/2004); la de 21 de febrero de 2005 (STS 1047/2005), con cita de la STS de 27 de mayo de 2003 (STS 3600/2003), y la de 30 de septiembre de 2005 (STS 5782/2005).

32. Como en el caso de la ya citada STS de 21 de febrero de 2005, con transcripción de la de 11 de diciembre de 2002 (dictada en el recurso 166/2001). Ello no le impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre el carácter negativo del silencio en su sentencia de 15 de febrero de 2005 (STS 891/2005). Bien es verdad que las solicitudes de indulto están expresamente contempladas a los efectos del silencio en el RD 1897/1994 y en la DA 29ª de la Ley 14/2000, como también lo están —conviene advertirlo— los supuestos de ejercicio del derecho de petición en la legislación de procedimiento administrativo —hoy por hoy en el art. 24.1 de la Ley 39/2015, de 15 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común—. Alguna apreciación al respecto habría resultado clarificadora.

33. Especial mención merece a este respecto la STS de 11 de diciembre de 2002 (STS 8308/2002), que alcanza tal conclusión sin perjuicio de apelar, de *lege ferenda*, a la introducción de la exigencia de motivación. Esta sentencia se hace eco de la dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2001 en relación con la ejecución del indulto concedido al magistrado Gómez de Liaño, en la que se afirma, si bien con argumentos discutibles, que la concesión de los indultos es susceptible de control, aunque el mismo «[...] nunca puede pretender extenderse a la discrecionalidad de la motivación que constituye la esencia del perdón».

34. Siendo la ponente original la hoy ministra Margarita Robles, fue sustituida por Pablo Lucas Muriello, dado que aquella suscribió, junto con otros cinco magistrados, uno de los cinco votos particulares emitidos.

35. Así, en la STS de 10 de noviembre de 2007 (STS 6699/2007) y en las de 28 de abril y 5 de mayo de 2009 (SSTS 2307 y 2551/2009, respectivamente). En estas últimas el argumento formal de la inaplicabilidad de la Ley 30/1992 por no tratarse de un acto administrativo se ve contradicho en el seno de la propia sentencia por el manejo de esta Ley para valorar el alcance de los vicios de procedimiento como vicios de nulidad o anulabilidad y al asumir que las resoluciones de los indultos son susceptibles de recurso de reposición. En todo caso, en la misma línea, las sucesivas SSTS de 17 de febrero de 2010 (STS 547/2010); dos de 7 de mayo de 2010 (SSTS 2195 y 2196/2010), afirman expresamente que el control no puede abarcar los defectos de motivación ni «[...] la valoración de los requisitos de carácter sustantivo» (*sic*); de 8 de febrero de 2012 (STS 511/2012) y de 23 de enero de 2013 (STS 296/2013).

36. SSTS 2296/2013 y 2740/2013. Esta última, siendo del mismo ponente, Trillo Alonso, es de hecho virtualmente igual a la de 23 de enero de 2013, e insiste en el control meramente procedimental.

37. En este punto, el TS se hace eco de la «exposición de motivos de la Ley, no modificada», si bien conviene puntualizar que la Ley no se aprobó con Exposición de Motivos, como se puede comprobar en la Gaceta [en línea] <[https://www.boe.es/eli/es/l/1870/06/18/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/l/1870/06/18/(1))>, de modo que lo que se suele citar como tal es la exposición del Proyecto de Ley presentado a las Cortes por el ministro Ruiz Zorrilla.

38. Así se había anticipado en la STS de 20 de febrero. Lo determinante es, pues —aunque el Tribunal no desarrolla el argumento más allá de transcribir el art. 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y sentencias propias al respecto—, que no tratándose de una potestad administrativa, su ejercicio no está vinculado a unos concretos fines cuyo desconocimiento pueda hacer constatable la desviación de poder. Para conceder el indulto no hay fines delimitados por el ordenamiento, en definitiva (particularmente en el espacio abierto por la «conveniencia pública», añadimos nosotros); hay motivos, que se hacen controlables a través de la técnica del control de la arbitrariedad de los poderes públicos. La posibilidad de control de la concesión de indultos por esta vía fue planteada por Lozano Cutanda (1991: 1050), si bien hay que hacer notar que, en su concepción, el indulto solo sería legítimo cuando sea guiado por una finalidad de justicia «reparadora» y particular.

39. Así lo refiere Requejo Pagés (2001: 93): «El pie para la discusión lo dio el diputado Ochoa, precisamente al destacar la paradoja en la que podía incurrirse al tratar de reglamentar un poder que, por esencialmente arbitrario, resultaría irreconocible tan pronto como fuera jurificado. ¿“Cuáles son —se preguntaba—, los principios capitales en que debe estar basado el derecho de gracia?” respondiéndolo, de seguido, “yo creo que el carácter esencial del derecho de gracia es la arbitrariedad. Sin la arbitrariedad no se comprende semejante derecho; la arbitrariedad es su esencial constitutivo; [...] si le quitáis ese carácter y anuláis ó restringís su ejercicio, convertís el derecho de gracia en una especie de poder judicial; hacéis un juicio de lo que debe ser una libérrima facultad; establecéis una instancia más con lo que debe ser la práctica de la conmiseración al arrepentimiento, y de la equidad á la dureza en ciertos casos de la ley”».

40. STS 2113/2021. En octubre de 2020 se dictaron varias sentencias equivalentes; dos del 26 (SSTS 3482 y 3483/2020) y dos del 22 (SSTS 3381 y 3382/2020), estas dos últimas dando cobertura, sin mayor argumento, a la toma de decisión sobre indultos por el Gobierno en funciones, haciéndose eco de la STS de 2 de diciembre de 2005.

41. Así, en el caso de la STS de 17 de marzo de 2014 (STS 847/2014) y de 8 de junio de 2015 (STS 2564/2015). En ellas, particularmente en la primera, es llamativo que se manejen con naturalidad las categorías de nulidad y anulabilidad de los actos según quedan determinadas por la legislación administrativa como si de verdaderos actos administrativos se tratara.

42. En este punto el Tribunal Supremo confirma lo que en la STS de 20 de noviembre de 2013 se intuía y Chinchilla Marín (2015: 104-107) ponía en duda. E incluso va más allá. No basta con que el Real Decreto de indulto exteriorice sus motivos. El Tribunal Supremo puede entrar a valorar esos motivos, y aspirar a un contraste duro con los propios a la vista de las apreciaciones valorativas que se ofrecen en la STS de 20 de marzo de 2018.

43. Sobre el concepto de «actos políticos» o «de gobierno» y la evolución en su tratamiento, nos remitimos a Fernández Farreres (2020: 895-905).

44. Una búsqueda en el BOE arroja el resultado de 327 indultos concedidos desde que fuera dictada la STS de 20 de noviembre de 2013 especificando que la correspondiente concesión se justifica por «razones de justicia y equidad». Solo los 9 que centran estas páginas apelan a razones de «utilidad pública» que no se especifican, si no por remisión a la propuesta del ministro de Justicia.

45. Pudiera llegar a plantearse, hilando fino, que las razones dirigidas a auspiciar el diálogo y la participación política no se compadecen con el hecho de que el indulto no haya abarcado la condena de inhabilitación. Entrar en esta consideración, sin embargo, resultaría difícil a la vista de los términos en que se pronuncia la propuesta del ministro en relación con el indulto del Sr. Junqueras —única a la que hemos tenido acceso—, por cuanto presentan de forma abstracta —y no personalizada en el papel a jugar por el Sr. Junqueras— la vocación del indulto a favor de aquellos fines. Sí que es verdad, en todo caso, que en el informe se vierten una serie de consideraciones sobre la actitud presente de este indultado a favor del diálogo y cercanas al arrepentimiento que en absoluto se hacen presentes en la actitud de otros indulta-

dos, que según refiere el Informe del Tribunal Supremo han hecho expresa, en sede judicial y en medios públicos, su voluntad de reincidencia. Y ello en el bien entendido de que, como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, el arrepentimiento del indultado no es requisito del indulto.

46. El Informe de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciéndose eco de la apreciación hecha por el Ministerio Fiscal sobre la posibilidad de aplicar analógicamente el citado artículo respecto de los miembros de gobiernos autonómicos, apunta a que en el presente caso la condición de autoindulto —prohibido por el art. 102.3 CE— vendría dada por la circunstancia de que el partido ERC ofrece su apoyo político al Gobierno en las Cortes.

47. A este respecto, resultan muy ilustrativas las consideraciones hechas por el Informe de la Sala Segunda del TS acerca del tratamiento en Derecho comparado de los delitos de «sedición», que demuestran que está muy lejos de estar despenalizado.

48. Así lo defienden, como vimos, Lozano Cutanda (1991) y Requejo Pagés, (2003).

49. Se trata de nueve AATS de 26 de junio de 2021 (8633, 8634, 8635, 8638, 8639, 8640, 8641, 8642 y 8643), que denegaron las cautelarisimas solicitadas por exparlamentarios catalanes de Ciudadanos y de los sucesivos AATS de 13 de julio de 2021 (9665, 9667, 9671 y 9678), que denegaron las medidas cautelares, a los que se suman los AATS del mismo 13 de julio que denegaron las cautelares solicitadas por VOX (AATS 9668, 9670, 9675 y 9678/2021).

BIBLIOGRAFÍA

CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2015): «El control judicial de los “actos políticos” a través del principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013)», en L. Arroyo Jiménez, M. Beladiez Rojo, C. Carballo Ortega y J.M Rodríguez Santiago, (coords.), *El juez del Derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid: Marcial Pons.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José (2014): «El indulto ante la justicia administrativa», *RVAP*, 99/100, 1179-1206.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2014): «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», *RAP*, 194, 209-225.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2020): *Sistema de Derecho Administrativo*, I, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

LINDE PANIAGUA, Enrique (1976): *Amnistía e indulto en España*, Madrid: Tucar.

LOZANO CUTANDA, Blanca (1991): *El indulto y la amnistía ante la Constitución*, en S. Martín-Reortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (2001): «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», *Historia Constitucional*, 2. Disponible en: <<http://hc.rediris.es/02/index.html>>.

– (2003): «Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 15, 89-112.

Fecha de recepción: 30 de junio de 2021.

Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021.