

SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS DECRETOS DE INDULTO

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ
Catedrático Emérito
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 2013. EN PARTICULAR, EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR LOS DECRETOS DE INDULTO DE LAS VÍCTIMAS DE LOS BENEFICIARIOS DE LA GRACIA.—III. LA SENTENCIA DE LA SALA 3.^a EN PLENO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013: PASADO Y FUTURO FRENTE A FRENTE: 1. *El debate sobre la exigibilidad de motivación de los Decretos de indulto*. 2. *Actividad «libérrima» y prohibición de arbitrariedad*.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN

Se estudia la novísima jurisprudencia del Tribunal Supremo que, rectificando la doctrina tradicional que consideraba el derecho de gracia como una facultad «libérrima» del Gobierno, declara que el control jurisdiccional de los Decretos de indulto debe extenderse a la comprobación de si la realidad de los hechos da o no un soporte suficiente a las razones exigidas por el legislador y si la decisión adoptada guarda o no coherencia lógica con aquéllos, so pena de incurrir en la arbitrariedad que la Constitución prohíbe.

Palabras clave: derecho de gracia; indulto; control judicial; discrecionalidad; arbitrariedad.

ABSTRACT

This study analyses the latest decisions of the Supreme Court that rectify the traditional doctrine considering the right of grace as an entirely free discretion of the Government and declare that judicial review of pardon Decrees must be enlarged to the verification of two points: first, if facts reality give enough support to the reasons required by law-maker; and, second, if the taken decision keeps logical consistency with them, under penalty of falling for unconstitutional arbitrariness.

Key words: right of grace; pardon; judicial review; discretionary; arbitrariness.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado año 2013 se inició y se cerró con dos Sentencias del Tribunal Supremo que anularon sendos Decretos de indulto en estimación de los recursos interpuestos contra ellos por las víctimas de los beneficiarios de la gracia, lo que sin duda constituye un acontecimiento de primera importancia que merece un análisis detenido.

La primera de dichas Sentencias es la de 20 de febrero de 2013 y fue adoptada por la Sección 6.^a de la Sala 3.^a (Ponente: Sr. LESMES SERRANO), que, tras rechazar las causas de inadmisibilidad propuestas por el Abogado del Estado y la representación de los codemandados, estimó los recursos interpuestos contra los Reales Decretos 1753/2011 y 1761/2011, de 25 de noviembre, que indultaron a los Sres. Calama Teixeira y Sáenz Abad, declarando la nulidad del inciso final de dichas resoluciones «en la parte del texto que dice: “... y quedando sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria...”».

La segunda Sentencia es la de 20 de noviembre de 2013 y fue adoptada por la Sala 3.^a en Pleno, que por mayoría decidió estimar el recurso interpuesto contra el Real Decreto 1668/2012, de 7 de diciembre, por el que se indultó al Sr. Ríos Salgado, conmutando la pena de trece años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo que le fue impuesta como autor de un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio, un delito de lesiones, una falta de lesiones y una falta de daños por otra de dos años de multa, que se satisfará en cuotas diarias de seis euros.

A diferencia de la anterior, que fue adoptada por unanimidad, en ésta las opiniones de los treinta y seis magistrados componentes del Pleno se dividieron. La ponencia inicial del Sr. LESMES SERRANO fue derrotada, declinando dicho magistrado la redacción de la Sentencia, tarea que fue asumida por el Sr. FERNÁNDEZ VALVERDE, cuya ponencia logró el voto favorable de diecinueve magistrados. El Sr. ESPÍN TEMPLADO y la Sra. PICO LORENZO formularon un voto particular concurrente. El Sr. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT hizo otro tanto, así como el Sr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. El Sr. SUAY RINCÓN y la Sra. PERELLÓ DOMENECH formularon también un voto particular sustancialmente coincidente con la mayoría, de la que discreparon solamente en un punto concreto. El Sr. RODRÍGUEZ ZAPATA formuló un voto particular discrepante en el que sostuvo la procedencia de la desestimación del recur-

so, y otro tanto hicieron, aunque por motivos muy distintos, los Sres. LESMES SERRANO, ENRÍQUEZ SANCHO, YAGÜE GIL, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, DíEZ DELGADO, OLEA GODOY, FONSECA-HERRERO, CórDOBA CASTROVERDE, CONDE MARTÍN DE HIJAS y MARTÍN TIMÓN.

Una Sentencia, pues, muy debatida, en la que, aunque la pluralidad de los votos particulares parezca indicar lo contrario, la estimación del recurso y consiguiente anulación del Decreto de indulto contaron con una sólida mayoría (veinticinco votos del total de treinta y seis). Esta mayoría ha venido a rectificar la doctrina hasta ahora mantenida por el Alto Tribunal, que es la que sostienen el voto particular encabezado por el Sr. LESMES SERRANO y la Sentencia de la Sección 6.^a de 20 de febrero de 2013, de la que dicho magistrado fue ponente, doctrina que sólo considera posible el control jurisdiccional de la legalidad formal de los Decretos de indulto, esto es, de la observancia por el Gobierno de los elementos reglados que establece la Ley de 18 de junio de 1870, parcialmente modificada por la de 14 de enero de 1988, que es la que regula el ejercicio del derecho de gracia.

La Sentencia de 20 de noviembre de 2013 da así un importante paso hacia delante en la lucha permanente contra la arbitrariedad del poder, que constituye la razón de ser y la esencia última del Derecho público. Antes de iniciar el análisis de sus argumentos me parece importante, sin embargo, hacer un breve apunte de algunos aspectos de la Sentencia precedente de 20 de febrero de 2013, cuya tesis de fondo ha quedado ya atrás, lo que no quita valor, sin embargo, a sus reflexiones sobre la admisibilidad de los recursos contra los Decretos de indulto y, en particular, sobre la legitimación para interponerlos.

II. LA SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 2013. EN PARTICULAR, EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR LOS DECRETOS DE INDULTO DE LAS VÍCTIMAS DE LOS BENEFICIOS DE LA GRACIA

El objeto del recurso resuelto por la Sentencia de 20 de febrero de 2013 no era el indulto otorgado a los Sres. Calama Teixeira y Sáenz Abad por los Reales Decretos 1753/2011 y 1761/2011, de 25 de noviembre, sino solamente el inciso final de éstos, en el que se acordaba «dejar sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de las sentencias, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria», lo que los recurrentes consideraban excesivo.

El inciso en cuestión apuntaba, como es natural, dada la relevante personalidad de uno de los dos indultados, Vicepresidente ejecutivo y Consejero delegado a la sazón de la más importante entidad bancaria

del país, al requisito de honorabilidad establecido por el artículo 43.4 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en la redacción dada al mismo por el artículo 10 de la Ley 5/2005, de 22 de abril. El precepto legal citado no definió este requisito, lo que sí hizo el artículo 2.2 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de Bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, dictado para el desarrollo de la Ley 5/2005, de 22 de abril, más atrás citada. La norma reglamentaria establece, en efecto, que «en todo caso se entenderá que carecen de tal honorabilidad quienes en España o en el extranjero, tengan *antecedentes penales* por delitos dolosos, estén inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras o estén inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras que no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la Sentencia de calificación del concurso y los quebrados y concursados no rehabilitados en procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la referida Ley»¹.

La legalidad del precepto reglamentario transcrito es, en mi opinión, muy dudosa porque la norma legal de cobertura, esto es, el citado artículo 43.4 de la Ley de Disciplina, se refiere a la «honorabilidad comercial y profesional», y es obvio que poco o nada tiene que ver con ella la comisión por los administradores y directivos de las entidades de crédito de algunos delitos dolosos, como, por ejemplo, el de cazar o pescar especies cuya caza o pesca no esté expresamente autorizada por las normas específicas en la materia (art. 335 del Código Penal), o el consistente en la realización de actividades que dificulten la reproducción o migración de una especie amenazada (art. 334 del propio Código), o, en fin, el de cortar los propágulos de alguna especie o subespecie de flora amenazada (art. 332), conductas que nada en absoluto dicen de la honorabilidad de un banquero, mucho menos si en lugar de honorabilidad, que es palabra gruesa en nuestra lengua, se emplea la expresión *good reputation*, que es la que utilizó la versión inglesa de la primera Directiva Bancaria con la que el referido requisito se introdujo en nuestro Derecho².

La observación no es banal en absoluto porque existe una jurisprudencia consolidada a propósito del requisito de buena conducta,

¹ Sobre el requisito de la honorabilidad, vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, «Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura Tuells*, tomo II, La Ley, Madrid, 1994, págs. 1731 y ss.

² Como advirtió en su momento R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Madrid, 1989, pág. 130, en nota.

según el cual dicho requisito debe valorarse no en términos generales, sino en relación a la concreta actividad para la que lo exige en cada caso la norma de que se trate, lo que la Sentencia constitucional de 6 de julio de 1987 vino a ratificar, subrayando que éste es un «criterio de constitucionalidad [que] se impone al propio legislador»³.

Parece claro, por lo tanto, que el artículo 2.2 del Real Decreto 1245/1995, al afirmar que carecen de la honorabilidad comercial y profesional exigida «en todo caso» quienes «tengan antecedentes penales por delitos dolosos», ha ido demasiado lejos.

No es éste, sin embargo, el único reparo que suscita el texto del precepto reglamentario, ni tampoco el más grave, y es que al haber puesto en relación la carencia de honorabilidad con la existencia no ya de una condena por Sentencia firme por un delito doloso, sino con los antecedentes penales, extiende los efectos de dicha condena más allá del tiempo por ella fijado.

En el caso del Sr. Sáenz Abad lo que acabo de señalar es manifiesto. Fue condenado por Sentencia firme a las penas de *tres meses* de arresto mayor y multa de 400 euros, así como a la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras *durante el tiempo de la condena*. Este plazo de suspensión de tres meses, que es el tiempo de la condena, vino a multiplicarse, sin embargo, por el artículo 2.2 del Real Decreto 1245/1995 al tomar éste como referencia no la condena, sino los antecedentes penales, ya que al «tiempo de la condena», tres meses, vino a añadirse el tiempo que, según el artículo 136 del Código Penal, debe transcurrir a partir de la extinción de la pena para que los antecedentes penales puedan ser cancelados.

Es obvio que una norma reglamentaria no puede producir legítimamente tales efectos. Sin embargo, nadie formuló en el curso del proceso objeción alguna a la legalidad del artículo 2.2 del Real Decreto 1245/1995, que tampoco cuestionó la Sentencia, como sin duda podría haberlo hecho, incluso de oficio, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El asunto, pues, fue resuelto pura y simplemente estimando el recurso y anulando el inciso final de los Reales Decretos impugnados, por entender que la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 «no permite más indulto que el de la pena», por lo que, al incluir en él el polémico

³ Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *loc. cit.*, y también F. SAINZ MORENO, «Sobre la apreciación de buena conducta en función del interés general y la responsabilidad patrimonial de la Administración», en el núm. 13 de la *Revista de Administración Pública*, págs. 329 y ss.

inciso final, el Gobierno incurrió «en un claro *ultra vires* en relación con el apoderamiento recibido por la Ley».

Dejando esto a un lado y también la tesis de fondo de la Sentencia de 20 de febrero de 2013 sobre los límites del control jurisdiccional de los Decretos de indulto, cuestiones ambas en las que no puedo menos que discrepar de ella, es obligado destacar la seguridad mostrada en torno a la legitimación para combatir en esta vía jurisdiccional tales Decretos de las víctimas de los beneficiarios de la gracia.

El fundamento jurídico séptimo de la Sentencia afronta el problema a partir de la jurisprudencia constitucional que identifica el interés legítimo con «cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida», apelando a continuación al principio *pro actione*, «expresión del derecho a la tutela judicial efectiva», dice, que «impone a este Tribunal interpretar con amplitud la fórmula del artículo 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, sin que ello suponga, desde luego, una relativización o devaluación de los presupuestos o requisitos procesales exigidos por la Ley de la Jurisdicción».

Sobre esta sólida base, la Sentencia afirma que si los recurrentes fueron parte en el proceso penal e intervinieron también en el procedimiento administrativo preparatorio del ejercicio de la prerrogativa de gracia «no es posible negarles ahora su aptitud para este proceso, tan estrechamente vinculado a los anteriores en su génesis y justificación, pues tan concernidos están aquí sus intereses como lo estuvieron en el proceso penal y en el procedimiento administrativo seguido en el Ministerio de Justicia». Y, en esa línea, continúa diciendo que «si la víctima tiene interés en la condena también lo tiene en el perdón y en su contenido, pues si aquélla satisface moralmente un interés personal que justifica la legitimación y así lo reconoce la Ley, el perdón no puede dejar de producir ese mismo efecto procesal por la razón contraria».

No cabe argüir en contrario, precisa la Sentencia, que la víctima no puede impedir el indulto, ya que esta prerrogativa pertenece a la categoría de los actos graciabiles, porque «siendo esto así, lo que no es ajeno a la víctima es que, ya que ha de aceptar el perdón público, éste se ajuste a lo previsto en la Ley y no se extienda más allá de los límites que ésta impone, pues si se concede la gracia extramuros de la Ley, ese interés que justificó su presencia en el proceso penal sería completamente burlado. Precisamente ésta es la ventaja o utilidad jurídica potencial que justifica su presencia en este proceso y no tanto la voluntad de que se respete la Ley». Por lo demás, del hecho de que el delito se produjese «en el ejercicio de una determinada actividad profesional, la bancaria, ... resulta que no es ilegítimo que quien lo sufrió pretenda mantener apartados de dicha actividad a los indultados».

La argumentación es concluyente y no deja resquicio alguno para la réplica.

III. LA SENTENCIA DE LA SALA 3.^a EN PLENO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013: PASADO Y FUTURO FRENTE A FRENTE

1. *El debate sobre la exigibilidad de motivación de los Decretos de indulto*

El supuesto de hecho al que se refiere la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 era muy distinto al anterior. En este caso, el Real Decreto impugnado había conmutado por la de dos años de multa, a satisfacer en cuotas diarias de seis euros, la pena de trece años de prisión que le fue impuesta al beneficiario de la gracia por Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de enero de 2011 como autor de un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás, en concurso ideal con un delito de homicidio, un delito de lesiones, una falta de lesiones y una falta de daños, resultados todos ellos de circular a gran velocidad en sentido contrario al de la marcha durante unos cinco kilómetros aproximadamente, hasta que colisionó frontalmente con otro vehículo.

Ante un indulto tan generoso (trece años de prisión por poco más de cuatro mil euros) es inevitable preguntarse por qué o, para decirlo en los términos de la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, qué razones de justicia, equidad o utilidad pública pudieron mover al Gobierno para adoptar esa decisión.

El Real Decreto de indulto guarda al respecto absoluto silencio, lo que para la doctrina jurisprudencial tradicional no merece reproche alguno, ya que el indulto es un acto político y, en cuanto tal, no le es aplicable la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ni, en concreto, la exigencia de motivación que ésta impone para los actos administrativos. La decisión de conocer o denegar el indulto es *libérrima* para el poder público, repite por tres veces el voto particular encabezado por el Sr. LESMES SERRANO, por lo que el control jurisdiccional de la misma debe limitarse a la comprobación del efectivo cumplimiento de los elementos reglados de la misma, esto es, de la emisión de los informes preceptivos del Tribunal sentenciador, del Jefe del Establecimiento penitenciario o del Gobernador Civil de la Provincia, del Fiscal y de la parte ofendida que exige la Ley de 1870.

Este planteamiento es, en mi opinión, rigurosamente inaceptable, como es fácil descubrir con sólo dejar de mirar hacia atrás.

En efecto, el concepto de acto político es una antigualla que se remonta a la época en que el *Conseil d'État* ejercía una jurisdicción retenida y que el *arrêt Prince Napoleón*, de 19 de febrero de 1875, ya en la nueva etapa iniciada en 1872, contribuyó decisivamente a reducir al eliminar el criterio del móvil político. Este criterio no fue sustituido nunca por ningún otro, lo que privó a partir de entonces a los actos de gobierno de una definición teórica general, convirtiéndolos en simples integrantes de una lista heterogénea elaborada por la jurisprudencia, que ésta ha ido progresivamente depurando de forma que hoy ya sólo quedan en ella los actos que conciernen a las relaciones del Gobierno con el Parlamento y los vinculados directamente a las relaciones de Francia con las potencias extranjeras y los organismos internacionales⁴.

En esta lista estuvieron incluidos un día, ciertamente, los actos dictados por el Jefe del Estado en ejercicio del derecho de gracia, de acuerdo con el *arrêt Gugel*, de 30 de junio de 1893, pero esta jurisprudencia fue abandonada por el *arrêt Gombert*, de 28 de marzo de 1947, que descartó también la competencia del *Conseil d'État* en la materia pero por considerar que este tipo de decisiones tiene carácter judicial⁵.

Suena a rancio, por lo tanto, calificar los indultos como actos políticos, como lo hace la Sentencia de 20 de febrero de 2013 y el voto particular formulado por el Sr. LESMES y otros nueve magistrados en el Pleno que adoptó la Sentencia de 20 de noviembre siguiente, amén de que tal calificación es perfectamente inútil, como resalta esta última, supuesto que de ella ya no resulta la exclusión del control jurisdiccional, como ocurría bajo el impero de la Ley jurisdiccional de 1956.

Justamente porque esto es así el debate giró en torno a la exigibilidad o no de motivación, ya que, de considerarse que el requisito en cuestión viene impuesto por la Ley, nos encontraríamos en presencia de uno de esos elementos reglados a los que el artículo 2.a) de la vigente Ley de nuestra jurisdicción extiende el control, limitado, de los actos del Gobierno.

Pues bien, los argumentos esgrimidos para excluir la obligación de motivar los Decretos de indulto son, a mi juicio, paupérrimos. Ciertamente, la reforma realizada por la Ley de 14 de enero de 1988 sustituyó la expresión «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros» por la de «Real Decreto», pero extraer de ello que el legislador post-constitucional quiso excluir la motivación es difícil de sostener seriamente, por muchas razones que los votos particulares concurrentes del Sr. ESPÍN TEMPLADO y de la Sra. PICO LORENZO, del Sr. BANDRÉS

⁴ Vid. LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10.^ª ed., Sirey, págs. 16 y ss.

⁵ Ídem.

SÁNCHEZ-CRUZAT y del Sr. DíEZ-PICAZO, e incluso la propia Sentencia, destacan.

Por lo pronto, porque, como el primero de dichos votos particulares recuerda, la modificación realizada en este punto por la Ley de 14 de enero de 1988 es el resultado de una enmienda cuya motivación decía escuetamente «adaptación de terminología». No parece, pues, que el legislador tuviera el propósito de liberar al Gobierno de la obligación de justificar el indulto «bajo el aspecto de la justicia, la equidad o de la conveniencia social», a las que hace reiterada referencia el texto de la Ley de 1870.

Por otra parte, como todos los votos concurrentes subrayan, la Exposición de Motivos de la Ley de 1870 no fue modificada en 1988, y es extraordinariamente expresiva cuando subraya «cuán necesario es alejar hasta la sombra de la duda» y cómo ha de adoptarse la decisión de indultar «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social».

Por si esto fuera poco, la Exposición de Motivos de la Ley insiste en explicar que «para asegurar aún más, si cabe, el acierto no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un Decreto motivado, a fin de que consten las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional», y añade luego a continuación que «los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes no temen la publicidad y el juicio de la opinión. Por esto, los decretos de indulto se habrán de insertar en la Gaceta de Madrid».

Parece, pues, indiscutible que el legislador de 1870 quiso que las razones que mueven a los Gobiernos a ejercer la prerrogativa fueran conocidas del público, y de que ello es así da fe el texto originario del artículo 30 de la Ley, en el que motivación y publicidad van de la mano.

El análisis sistemático de la Ley de 1870 conduce también a la misma conclusión, ya que su texto insiste hasta cinco veces en las razones de «justicia, equidad o conveniencia» (art. 28), «justicia o conveniencia» (art. 25), «justicia, equidad o utilidad pública» (arts. 11 y 16), «razones de justicia, equidad o conveniencia» (art. 2.3) que deben concurrir para otorgar la gracia, aspectos todos ellos que el Tribunal sentenciador habrá de valorar cuidadosamente en el informe que el artículo 25 de la Ley le obliga a emitir.

Nada de esto, como es obvio, tendría el más mínimo sentido si luego el Gobierno pudiera hacer lo que quisiera sin dar explicación alguna de su decisión.

Los argumentos en pro de la exigencia de motivación son, en mi opinión, abrumadores y frente a ellos poco o nada significa el alegato formalista de que a los Decretos de indulto, en tanto que actos políticos, no les es de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que ésta se refiere sólo a los actos administrativos. Es éste un argumento de ínfima calidad porque de la supuesta naturaleza política de una decisión del Gobierno no se sigue en absoluto que éste pueda adoptarla de cualquier manera, prescindiendo de las reglas de procedimiento comunes a cualquier tipo de actividad. Tiene razón el Sr. Díez-Picazo cuando afirma en su voto particular que «está fuera de duda» que el artículo 54.1.c) de la referida Ley es aplicable al Consejo de Ministros cuando se aparta del criterio expresado por los órganos a los que la Ley encomienda la tarea de informarle. ¿Para qué si no se exigen tales informes?

La obligación de motivar, esto es, de justificar la decisión de indultar, no necesita, por lo demás, del apoyo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para sostenerse, porque esa obligación resulta sin más de la propia Constitución y, en concreto, de la prohibición a todos los poderes públicos del comportamiento arbitrario que el artículo 9.3, *in fine*, de la misma contiene.

El voto particular del Sr. Espín Templado y de la Sra. Pico Lorenzo es, en este punto, impecable al interpretar la Ley de 1870 a la luz de la Constitución y de conformidad con ella, que es como deben interpretarse y aplicarse necesariamente todas las normas jurídicas. Dice así:

«No puede afirmarse, desde luego, que la Constitución requiera en concreto que los Decretos de indulto estén motivados. Pero sí ha de entenderse que *tales actos de poder público, aunque constituyan un acto graciable* —no exigido por derecho alguno del indultado— *están vinculados por la proscripción de la arbitrariedad establecida por el artículo 9.3 de la Constitución* —precisamente la razón que ha llevado al Pleno a estimar el recurso—. Pues bien, qué duda cabe de que la mejor manera de excluir la arbitrariedad es expresar de manera explícita las razones que han llevado al Consejo de Ministros a otorgar el indulto a una determinada persona mediante la debida motivación. Y, en este sentido resulta obligado interpretar la Ley en la forma más ajustada a dicha exigencia constitucional, esto es, la Constitución requiere que el texto de 1870 se interprete en el sentido de que tanto por

la eficacia interpretativa de la exposición de motivos como por sus propios preceptos, la motivación constituye una exigencia legal.

En definitiva, existiendo razones fundadas en el texto legal para entender exigible la motivación, resulta paradójico sostener que la reforma operada en 1988 lleva a interpretar la Ley de forma menos estricta que el propio texto original aprobado en 1870 por el legislador decimonónico y en un sentido menos favorable a las exigencias constitucionales de exclusión de la arbitrariedad»⁶.

2. *Actividad «libérrima» y prohibición de arbitrariedad*

Como habrá podido apreciarse, el debate sobre la exigibilidad o no de motivación de los Decretos de indulto tiene mucho de artificioso porque, en rigor, es solamente una última trinchera defensiva tras la que se encubre, una vez caída la del acto político, la oposición tradicional al control jurisdiccional de los mismos.

Y es que, claro está, si se concluye que los Decretos de indulto tienen que exponer las razones de justicia, equidad o conveniencia pública que justifican en cada caso el otorgamiento de esa gracia excepcional, el paso siguiente será inevitablemente comprobar si las razones invocadas al efecto tienen realmente consistencia objetiva, esto es, si son bastantes para descartar la arbitrariedad que la Constitución prohíbe. Y esto es, en el fondo, lo que quiere evitarse: que el Gobierno de turno tenga que justificar este tipo de decisiones, que pierda, por lo tanto, la libertad de la que todos los Gobiernos han venido gozando tradicionalmente y que les ha permitido hacer siempre su voluntad, sin trabas de ningún tipo y sin dar siquiera la más mínima explicación de sus decisiones en estos casos.

Por eso, quienes son contrarios al control jurisdiccional de los indultos comienzan afirmando que otorgarlos o no es una facultad «libérrima» del Gobierno. ¿Puede sostenerse tal cosa en pleno siglo XXI? A mi juicio, no, al menos en los términos en que esta afirmación se ha

⁶ El debate sobre la motivación sigue, no obstante, en pie tras la Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Así resulta de la Sentencia de 30 de enero de 2014 (Ponente: J. DÍAZ DELGADO), a la que formuló un voto particular la Sra. PICO LORENZO, en el que recuerda que el requisito de motivación de los indultos «ha sido consustancial a nuestro ordenamiento jurídico en periodos de muy distinto signo», citando al efecto el Decreto de 3 de febrero de 1932 y el de 22 de abril de 1938, lo que «debe ser engazado» —dice— con la vigente Constitución, y en concreto con los artículos 9.3, 103.1 y 106, para concluir que debe ser exigido tanto para la concesión como para la denegación de los indultos.

venido haciendo por la jurisprudencia tradicional. El Gobierno no está obligado, ciertamente, a conceder el indulto, ni siquiera en el caso de que todos los informes previos que la Ley de 1870 exige sean favorables. Tampoco la denegación es obligada, ni siquiera en el supuesto de que todos los informes emitidos sean contrarios a su otorgamiento. Tanto en un caso como en otro puede, sin duda, tener otras razones, más fuertes, en su opinión, que las aportadas por los informantes, que le muevan a decidir en sentido contrario a lo que le haya sido propuesto. Hasta ahí es libre, sin duda, pero eso no le libera de la obligación de exponer sus razones y de decir por qué las considera mejores que las que le hayan sido ofrecidas por los informes recibidos, como el término «libérrimo» sugiere.

El indulto es una prerrogativa del Gobierno, una más de las muchas de las que siglos atrás disfrutó el Príncipe, tan libre en su ejercicio como la de otorgar portazgos, peajes de todo tipo, monopolios comerciales o cualesquiera otras regalías a los súbditos a los que quería favorecer. En todos esos casos, el Príncipe ejercitaba una *potestas extraordinaria* o *ab (lege) soluta* sobre la cual no cabía disputa alguna, a diferencia de la *potestas ordinaria* o *regulata*, regida por las leyes del Reino, que el Príncipe había jurado respetar.

Toda la historia del Derecho público que se inicia a finales del siglo XVIII es, justamente, la historia de una reducción a eso, a la Ley en primer término y, a partir de la segunda guerra mundial, al Derecho de las viejas prerrogativas regias, de esas potestades extraordinarias o absolutas, a las que luego cambiamos de nombre llamándolas simplemente discrecionales, una discrecionalidad que, desde hace medio siglo entre nosotros, dejó de ser equivalente a inmunidad jurisdiccional para convertirse en mera dificultad de control, porque el Derecho, que es el único lenguaje que pueden hablar los jueces, no puede llegar en estos casos al fondo último de este tipo de decisiones y tiene que limitarse a comprobar si éstas cuentan con alguna razón plausible que las dé soporte o si, por el contrario, son mera expresión de la simple voluntad o el puro capricho de quien las adopta.

Esto último está radicalmente excluido en nuestro ordenamiento jurídico. «Libérrimo» en este sentido hoy no hay nada, absolutamente nada, en la actividad de los poderes públicos, porque, como ya he dicho muchas veces y seguiré repitiendo mientras tenga fuerzas para ello, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3, *in fine*, de la Constitución significa, primero, «proscripción y erradicación de nuestro sistema jurídico-político del poder entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta» y, después, «exigencia imperativa e inexcusable del fun-

damento adicional de la razón». En nuestro escenario constitucional el único poder legítimo es el que se presenta en su ejercicio como resultado de una voluntad racional, esto es, racionalmente fundada⁷.

Así lo ha entendido la Sentencia de 20 de noviembre de 2013, cuyo fundamento de derecho octavo es concluyente al respecto, aunque para lograr la necesaria mayoría haya tenido que hacer algunas concesiones en el plano formal.

La Sentencia comienza aceptando, en efecto, que no puede exigirse al Acuerdo de concesión o denegación del indulto una motivación en el sentido técnico que requiere la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que no es un acto administrativo, aunque inmediatamente a continuación añade que «no es menos cierto que por la misma Ley de indulto se exige que del Acuerdo de indulto se desprendan las “razones de justicia, equidad o utilidad pública”».

En las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones que consten en el expediente «no podemos adentrarnos», dice,

«pero sí debemos enjuiciar si las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” —que necesariamente deben constar en el Acuerdo y que pueden responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las de carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar)— cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente. Dicho de otra forma, entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” (legalmente exigibles) se nos presenta un espacio jurisdiccionalmente “asequible” por el que debe transitarse con los instrumentos de la lógica jurídica... pues, de otra forma, la absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa».

En ese espacio —insiste— «se nos presenta como exigible un proceso lógico que no puede resultar arbitrario y *del que ha de desprenderse que las expresadas razones no son una construcción en el vacío*».

Es éste —precisa cautelosamente la Sentencia— «un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto *cuenta con soporte fáctico suficiente*... pudiendo examinar-

⁷ Vid. mi trabajo «El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: Quid novum?», en Tomás R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed., Madrid, 2008, pág. 232.

se si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica», esto es, «si la concreta decisión discrecional de indultar *ha guardado coherencia lógica con los hechos* que constan en el expediente, pues ha sido el propio legislador el que ha limitado la citada discrecionalidad a la hora de ejercer la prerrogativa de gracia materializada en el indulto, estableciendo las razones a las que ha de responder el mismo, las cuales deben constar en el Acuerdo de concesión».

La Sentencia enlaza así con la línea jurisprudencial iniciada por la Sentencia de 27 de abril de 1983⁸, para concluir recordando que

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

Las razones de «justicia, equidad y utilidad pública» que la Ley de Indulto obliga insistentemente a considerar pueden ser muy variadas, ciertamente, porque, como es lógico, dependen de la persona y de las circunstancias de cada caso. El Gobierno es libre, sin ninguna duda, de elegir unas u otras y también de valorarlas, elección y valoración que el Juez no podrá discutir. En este sentido, pero sólo en él, puede decirse que las razones por las que el indulto se concede se sitúan extramuros del Derecho, como efectivamente dice el voto particular encabezado por el Sr. LESMES SERRANO. La existencia de esas razones y su inexcusable coherencia con los hechos que han de darlas el soporte fáctico que es en todo caso imprescindible para acreditar que no son una construcción en el vacío están, sin embargo, intramuros porque el artículo 9.3, *in fine*, de la Constitución ha introducido ambas cosas en el ámbito de lo jurídico. Y esto sí puede y debe comprobarlo el Juez, porque de lo que se

⁸ He analizado con detenimiento esta jurisprudencia en los trabajos incluidos en el libro citado en la nota precedente.

trata es de descartar la arbitrariedad, el puro capricho, que es lo que el precepto constitucional citado proscribía categóricamente.

Realizar esta comprobación no supone en absoluto adentrarse en un juicio basado en la estimación judicial subjetiva, como afirma también el voto particular que acabo de citar. Si el condenado tiene o no familiares a su cargo, si ésta fuese una de las razones esgrimidas para justificar el indulto, es sólo un hecho, cuya existencia o no es algo fácilmente comprobable sin que tengan que entrar en juego estimaciones subjetivas de ningún tipo. Y lo mismo si ha existido o no arrepentimiento.

De que esto es efectivamente así ha venido a dar fe el informe desfavorable emitido por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo el pasado día 25 de febrero de 2014 sobre la solicitud de indulto de D. Baltasar Garzón Real formulada por la Asociación de Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades. En él se dice que «en el expediente no aparece, y tampoco le consta al Tribunal como hecho notorio, ningún signo de que el penado haya mostrado arrepentimiento, entendido como expresión del retorno voluntario al orden jurídico vulnerado con su acción delictiva o que, siquiera, haya asumido de alguna forma reconocible la condena dictada por el Tribunal Supremo. Consta en el expediente, por el contrario —añade—, que el penado ha manifestado por escrito que no ha solicitado el indulto; que no ha solicitado que lo hagan en su nombre; que ha sido informado de la decisión de los solicitantes; que no tiene por qué ratificarla, y que no la desautoriza, lo cual, a pesar de su ambigüedad, ha de entenderse, de un lado como algo distinto a la prestación de expreso consentimiento a la solicitud del indulto, como afirman los solicitantes; y además, como señala el Ministerio Fiscal, como un signo de indiferencia respecto del indulto y como una forma de reafirmación de su posición anterior a la sentencia de este Tribunal, lo cual reviste una particular importancia a los efectos que se consideran».

Son hechos, simplemente hechos, de los que se desprende, según el Tribunal, que no concurren razones de justicia o equidad para la concesión del indulto. «En cuanto a las relativas a la utilidad pública, la referida posición del penado cuestiona profundamente que pueda considerarse de utilidad pública la devolución de la condición de juez a quien sostiene que fue y es correcta aquella forma de proceder en una causa penal que fue calificada como constitutiva de un delito de prevaricación por este Tribunal Supremo».

Es un ejemplo, aunque notoriamente expresivo, de que tampoco en este asunto vale todo, por muy graciable que sea la prerrogativa de gracia y muy amplia también la libertad del Gobierno en su ejercicio.

Esa libertad tiene siempre un límite, y ese límite está en la arbitrariedad, en el capricho del gobernante. «Todo poder —recuerda el informe de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo— en una sociedad democrática debe ser justificado y explicado» con razones basadas en hechos verificables en la realidad objetiva y unidas a éstos por un hilo lógico, exigencias éstas de las que ninguna prerrogativa, por graciable que sea, puede liberar a ninguna autoridad pública.

Comprobar que hay razones y que esas razones se apoyan en hechos, perfectamente verificables en cuanto tales, no es realizar un control de fondo, como parece dar por supuesto el voto particular discrepante. Un control de fondo sería entrar a valorar las razones esgrimidas, cosa que aquí no ocurrió porque el Real Decreto enjuiciado no dio razón alguna y que la Sentencia de la mayoría descarta expresamente con carácter general al postular simplemente «un control meramente externo», un control mínimo por lo tanto, en cuanto limitado a «la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por la legislación» y al examen de «si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica».

Es sorprendente por ello el empeño que el voto discrepante pone en oponerse a ese control mínimo, mucho más en un caso como el enjuiciado que parecía reclamarlo especialmente, porque, como señala el voto particular del Sr. Díez-Picazo, «las razones por las que se aprobó el Real Decreto 1668/2012 no sólo no se infieren del texto del mismo, sino que son difícilmente imaginables para un observador externo y desapasionado», ya que «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».

Éste es realmente el problema que el mero hecho de exigir razones plantea. No es que esas razones no sean siempre exteriorizables y que no sea posible explicitarlas detalladamente en un expediente administrativo, como sugiere el voto discrepante encabezado por el Sr. Lesmes Serrano, porque la Ley no pide tanto detalle; es que a veces no hay razones... exhibibles. Eso es exactamente lo que la doctrina establecida por la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 evitará a partir de ahora, y eso no quita a ningún Gobierno presente o futuro un ápice de su libertad de dirección política, aunque sí le obliga a gobernar mejor. Que el Derecho pueda contribuir a ello es un motivo de satisfacción para todos los que creemos en él como valor de civilización y de progreso.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La Sentencia de 20 de noviembre de 2013 es un auténtico *leading case*, que marca el final de una época y el principio de otra nueva. Su gestación no ha sido fácil, como suele ocurrir en estos casos, y su doctrina seguirá tropezando con resistencias de todo tipo hasta que llegue a consolidarse definitivamente.

De ello dan fe los Reales Decretos 1056/2013 a 1067/2013, de 27 de diciembre, que ha publicado el *Boletín Oficial del Estado* del último día de ese año, en todos los cuales se otorga el indulto «estimando que, atendiendo a las circunstancias del condenado (o condenada), concurren razones de justicia y equidad», sin más explicaciones. Parece, pues, que el Gobierno no ha leído la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 o que, si lo ha hecho, ha preferido no darse por aludido. Tendrá que hacerlo, sin embargo, más pronto que tarde, vista la posición adoptada por las Salas 2.^a y 3.^a del Tribunal Supremo, que no sería discreto ignorar.