

REVISTA ESPAÑOLA DE LA

Función Consultiva

SEPARATA

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana



Estudios



Dictámenes



Jurisprudencia



Normativa



Información institucional

Julio/Diciembre

2015
nº 24

ISSN: 1698-6849

CONSEJO ASESOR

Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría
Presidente del Consejo de Estado

Hnble. Sr. D. Joan Egea Fernández
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Albert Lamarca i Marquès
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Carlos Millán Hernández
Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

Hnble. Sr. D. Antonio José Diéguez Seguí
Presidente del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía

Hnble. Sr. D. Vicente Garrido Mayol
Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana

Excmo. Sr. D. Ramón Salanova Alcalde
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado
Presidente del Consejo Consultivo de Galicia

Excmo. Sr. D. José Sanroma Aldea
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén
Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Excmo. Sr. D. Eugenio Simón Acosta
Presidente del Consejo de Navarra

Ilmo. Sr. D. Sabino Torre Díez
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Excmo. Sr. D. Mario Amilivia González
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

Excmo. Sr. D. Bernardo Fernández Pérez
Presidente del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

Ilma. Sra. D^a Concepción Montero Gómez
Presidenta de la Comisión Jurídica de Extremadura

Ilma. Sra. D^a Rocío Guerrero Ankersmit
Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR
Vicente Garrido Mayol

José Díez Cuquerella, Enrique F. Fliquete Lliso, Federico Fernández Roldán, Margarita Soler Sánchez, María Luisa Mediavilla Cruz, Francisco Camps Ortiz, Miguel Pastor López (†), Miguel Mira Ribera (†), Vicente Cuñat Edo, Alberto Jarabo Calatayud, Ana Castellano Vilar, Joan Ignasi Pla i Durà.

Secretario
Fernando García Mengual

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana no se responsabiliza de las posiciones mantenidas o vertidas por los colaboradores de la REFC, que son, en consecuencia estrictamente personales.

Revista Española de la

FUNCIÓN CONSULTIVA

24

JULIO-DICIEMBRE

2015



Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

Producción gráfica: *Guada, Litografía S.L.*

Maquetación: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

ISSN: 1698-6849

Depósito Legal: *V-4523-2004*

SUMARIO

Presentación	13
Estudios	
a) IV Jornadas de Letrados de Consejos Consultivos	
IGNACIO GRANADO HIJELMO. <i>El Estilo consultivo: concepto y pautas</i>	19
TOMÁS REQUENA LÓPEZ. <i>Algunas cuestiones sobre la revisión de oficio en materia de contratación</i>	91
FELIPE A. JOVER LORENTE, ANTONIO ALONSO CLEMENTE y JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ MUÑOZ. <i>Tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos adscritos a Consejos Consultivos: experiencia y novedades recientes (Extremadura)</i>	105
FRANCESC J. RODRÍGUEZ PONTÓN. <i>Las modificaciones de las concesiones de autopistas</i>	135
GABRIEL CAPILLA I VIDAL. <i>Función consultiva y transparencia: novedades legislativas</i>	151
b) Otros Estudios	
IGNACIO GRANADO HIJELMO. <i>Doctrina del Consejo Consultivo de La Rioja sobre daños causados en la celebración de festejos populares</i>	171
ENRIQUE F. FLIQUETE LLISO. <i>Actos discrecionales, actos políticos y actos graciabiles: naturaleza jurídica del acto de otorgamiento de indulto</i>	185
ELISABET GUIJARRO GONZÁLEZ. <i>Limitaciones en las autorizaciones para el ejercicio de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC's)</i>	209
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO. <i>El fundamento constitucional y la naturaleza de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y las Comunidades Autónomas</i>	237
ANA MARRADES PUIG. <i>La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: Diversidad, dignidad e igualdad de oportunidades</i>	261

Dictámenes

CONSEJO CONSULTIVO DE LA REGIÓN DE MURCIA

- Dictamen 49/2015, de 25 de febrero, sobre las normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia..... 275
- Dictamen 56/2015, de 2 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de Ley del Buen Gobierno y el Estatuto del Cargo Público de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia 309
- Dictamen 144/2015, de 25 de mayo, sobre revisión de oficio de la Orden de 19 de mayo de 2014, de designación a la Sociedad Concesionario Aeropuerto de Murcia, S.A., como gestor 323

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

- Dictamen 417/2015, de 22 de octubre de 2015, sobre el procedimiento de resolución de un contrato suscrito entre la Consejería de Educación y una UTE, por incumplimiento culpable de la concesionaria..... 339

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia de 15/2016, de 1 de febrero, recaída en el recurso de amparo presentado por un funcionario al que no se reconoció su condición de interesado en un procedimiento de responsabilidad patrimonial por acoso laboral en el que se le consideró responsable de los hechos causantes del daño.
[*responsabilidad patrimonial – acción de regreso – indefensión – legitimación pasiva*] 357

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 6 de octubre de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), en relación a una reclamación de responsabilidad patrimonial por lesiones sufridas tras un tratamiento médico en cuya aplicación no se utilizó la última tecnología acorde al estado de la ciencia.
[*lex artis – daño desproporcionado – estado de la ciencia – disponibilidad de medios técnicos – consentimiento informado – responsabilidad patrimonial*] 365
- Sentencia de 20 de noviembre de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sobre un procedimiento de deslinde de términos municipales en los que se aplicó de manera parcial el derecho supletorio, omitiéndose el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente.

[régimen local – omisión de dictamen – derecho supletorio – órgano consultivo – informes preceptivos]	373
Sentencia de 18 de febrero de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), en relación con el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho Comunitario a raíz de los daños derivados de la aplicación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos (<i>céntimo sanitario</i>). [responsabilidad patrimonial del Estado legislador – infracción del Derecho Comunitario – cuantificación de la indemnización – impuestos especiales – plazo de interposición de la acción]	379
Sentencia de 21 de abril de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), por la que se anula el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, de la Junta de Andalucía, por omisión del informe preceptivo del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, creado por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía. [omisión de informes preceptivos – procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general – naturaleza de los órganos consultivos – jerarquía normativa – vigencia de las normas]	405

Normas de los Consejos Consultivos

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA <i>Decreto 1/2016, de 15 de enero, del Consell, por el que se modifica el Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, aprobado por el Decreto 138/1996, de 16 de julio, del Consell.</i>	415
CONSEJO DE NAVARRA <i>Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra</i>	423
COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA <i>Decreto 3/2016, de 12 de enero, por el que se modifica el Decreto 99/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura y el Decreto 261/2015, de 7 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública</i>	435

Información institucional

Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.....	463
Consejo de Navarra	464
Comisión Jurídica Asesora de Extremadura.....	464
Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid....	464

Autores	469
----------------	-----

Consejo de Redacción	473
-----------------------------	-----

Instrucciones a los autores	475
------------------------------------	-----

Boletín de suscripción	477
-------------------------------	-----

ACTOS DISCRECIONALES, ACTOS POLÍTICOS Y ACTOS GRACIABLES: NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE OTORGAMIENTO DEL INDULTO

Enrique Fliquete Lliso
*Consejero del Consejo Jurídico
Consultivo de la Comunitat Valenciana*

Sumario:

- I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE OTORGAMIENTO DE INDULTO.**
 - 1. El indulto: ¿acto administrativo o acto político?**
 - 2. El indulto como acto graciable.**
- II. CONTROL DEL ACTO DE CONCESIÓN DEL INDULTO.**
 - 1. Control jurisdiccional de los elementos reglados.**
 - 2. La motivación del acto de concesión del indulto.**

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE OTORGAMIENTO DE INDULTO.

De conformidad con lo previsto en el art. 30 de la Ley de indulto de 1870, «*La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*», cumpliendo el Real Decreto de concesión del indulto con la exigencia de ejercicio formal del Rey en el *derecho de gracia* según exige el art. 62.i) CE, mediante la expedición de dicho Real Decreto. La referencia explícita a que el indulto es un acto del Gobierno en cuanto a su contenido material se encuentra, precisamente, en que la concesión debe hacerse en un Real Decreto, el cual está reservado, como expresión externa del acto, al Ejecutivo. Pero ¿cuál es la naturaleza jurídica del acto de otorgamiento del indulto?

1. El indulto: ¿acto administrativo o acto político?

La definición de acto administrativo ha sido el objeto de estudio de toda la doctrina administrativista, desde el S. XIX. No existe un concepto que se afirme como admitido y unánime, y se suele determinar desde aquellos elementos que lo

caracterizan e identifican. Así, para TARDÍO PATO¹ el acto administrativo “*es un acto jurídico, en sentido estricto, consistente en una declaración intelectual de voluntad, juicio, deseo o conocimiento, emitido por una Administración pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria y sometido al Derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa*”. Definición que explicita los caracteres del acto administrativo, respecto a su origen, ejercicio de una potestad pública y su control-fiscalización, que comparte en lo sustancial la definición clásica de GARCÍA DE ENTERRÍA².

Siguiendo a RODRÍGUEZ-ARANA³ en su estudio de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el acto administrativo, el Alto Tribunal tiene un concepto más restringido del acto administrativo y lo define como «*manifestaciones de voluntad procedentes de órganos administrativos que crean situaciones de derecho subjetivo. Este tipo de actos son las llamadas resoluciones que constituyen el acto tipo que concluyen el procedimiento administrativo*» (Sentencia de 14 de diciembre 1964), «*acto jurídico emanado de un órgano administrativo en manifestación de voluntad creadora de una situación jurídica (...) de esta conceptualización hay que excluir aquellas declaraciones o manifestaciones que aunque provengan de órganos administrativos, no son creadoras o modificadoras de situaciones jurídicas, es decir, las que carezcan de efectos imperativos o decisorios*» (Sentencia de 7 de mayo de 1979), «*aquellos actos jurídicos realizados por una Administración con arreglo al Derecho Administrativo, por lo que han de emanar de un ente público comprendido dentro de la Administración y cuando actúa investido de imperium y en ejercicio de sus prerrogativas*» (Sentencia 3 abril 2000).

Prima facie, el acto de concesión de un indulto comparte los elementos del acto administrativo. En cuanto al sujeto, emana de un poder público el cual ostenta la competencia para su emisión. Respecto a su objeto, este es la declaración intelectual contenida en el acto que resulta conforme al ordenamiento jurídico, de

¹ TARDÍO PATO, J.A., «Lecciones de Derecho Administrativo (Acto administrativo y recursos administrativos y contencioso-administrativos)», Ed. Club Universitario, 2012, págs. 16 y 17.

² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA define el acto administrativo como «*la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria*» GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Curso de Derecho Administrativo”, volumen 2, Ed. Civitas, 1983, pág. 587.

³ «*Otras Sentencias inciden en su carácter esencialista como la de 3 de abril de 1990, en la que se afirma que los actos administrativos no dependen de la denominación que se les dé sino de su naturaleza y características y de las consecuencias que se deriven de su contenido, de forma y manera que, según esta tesis, la clave para saber si nos encontramos en presencia o no de un acto administrativo estará en si su autor es un ente público, si opera en el marco de poderes públicos y si estamos ante una actuación dictada al servicio objetivo del interés general. En este sentido, el Tribunal Supremo, partiendo de una concepción objetiva y finalista ha sentado en su sentencia de 24 de septiembre de 1999 que lo relevante “no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración pública, sino que las consecuencias jurídicas de esa conducta sean directamente imputables o referibles a un Ente público y esto sucede, tanto cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administrativos como cuando lo desarrolla una persona jurídica privada que actúa de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública*». RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Derecho Administrativo Español”, Tomo II, Ed. Netbiblo, 2009, págs. 6 y ss.

carácter determinado, de contenido posible. El fin del acto es el interés público –satisfacción de los intereses generales– en la medida que el indulto está ordenado a la utilidad pública según su ley reguladora. La forma de producción se somete a un procedimiento el cual está determinado por norma con rango de ley, y se manifiesta en el acto de concesión del indulto, mediante Real Decreto. Por último, el acto es susceptible de ser fiscalizado –en sus elementos formales– por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴.

Para el Tribunal Supremo, el indulto no es un acto administrativo, ni se somete al procedimiento de la Ley 30/1992, 26 de noviembre, puesto que lo considera como acto de naturaleza diferente: es un acto graciable. «*El acuerdo denegatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala, afirmando la sentencia de 27 de mayo de 2003, recogida por la 10 de octubre de 2007, que el control que nos corresponde hacer del acto del Gobierno que se somete a nuestra consideración es el de sus elementos reglados, que en este caso son los que se contienen en el capítulo III de la Ley de 18 de junio de 1.870 , en la redacción dada por la Ley 1 de 1.988, de 14 de enero , y que regula el procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto, artículos 19 a 32 de la Ley . En consecuencia al ser un acto del Gobierno que tiene una regulación propia que se recoge en la Ley citada no le es de aplicación la Ley 30 de 1.992 que según su artículo 2º se aplica a todas las Administraciones Públicas, y, por tanto, al Consejo de Ministros cuando actúe como tal, pero no como ocurre en este caso cuando quien actúa es el Gobierno que ejercita una de las competencias que en esa condición le atribuye el apartado k) del artículo 5 de la Ley 50 de 1.997, de 27 de noviembre*»⁵.

El acto de concesión de indulto no es un acto administrativo –ni reglado ni discrecional–, sino un acto graciable, y por ello no le es de aplicación la Ley 30/1992, sino una normativa propia, la contenida en la Ley de indulto 1870. Cuando el Consejo de Ministros resuelve el otorgamiento o denegación del indulto, no lo hace como Administración pública, sino como poder investido de una competencia específica que le asigna la ley reguladora del ejercicio de la *gracia* del indulto. El Ejecutivo, en el acto de concesión o denegación del indulto, no está ejerciendo potestades administrativas, sino que es un acto de poder, determinado por la Ley de Indulto, de los que se prevén en el art. 5.1, k), de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno «*Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición*».

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013, considera que el indulto «(1) *Constituye el ejercicio del derecho de gracia; (2) se*

4 Siguiendo la determinación de elementos del acto administrativo que efectúa TARDÍO PATO, J.A., en «Lecciones de Derecho Administrativo (Acto administrativo, procedimiento y recursos administrativos y contencioso-administrativos)», *ob. cit.*, págs. 18 a 22.

5 Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 2010, *ob.cit.*

trata de una actuación individual y excepcional del Gobierno; (3) se trata de un acto discrecional del Gobierno; (4) es irrelevante su consideración como acto político del Gobierno; y (5) no tiene, ni cuenta, con la naturaleza de acto administrativo” (Fundamento Jurídico 6º). Los actos políticos como tipología diferenciada del acto administrativo, se excluyeron del conocimiento del orden contencioso-Administrativo por la Ley de Jurisdicción de 1956 –art. 2, b)– entendiendo a éstos como especie diferente de los actos discrecionales, «caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales», según su Exposición de Motivos.

Según DÍEZ SÁNCHEZ⁶, *«la expresión “actos del Gobierno” se ha asociado en nuestro ordenamiento jurídico con los actos de autoridad más común y habitualmente denominados actos políticos procedentes del consejo de Ministros (“los actos políticos del Gobierno” en el concepto legal del art. 2.b) de la LJCA de 1956). Se trataba de identificar con ese nombre, siguiendo en esencia la doctrina del móvil político desarrollada en el siglo xix por el consejo de estado en Francia, determinadas decisiones que serían consideradas como cuestiones absolutamente políticas, inicialmente inmunes al control judicial en toda su extensión e intensidad y de la exclusiva voluntad del Gobierno”.*

Sin embargo, el art. 2.a), Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, amplió el ámbito de la jurisdicción a *«las cuestiones que se susciten en relación con: La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos»*, por lo que, en puridad, se pretendía someter al acto político al control por parte de la jurisdicción contenciosa, en la medida que no es admisible que en un Estado de Derecho existiesen actos del poder público exentos de todo control.

⁶ *«Sus límites están determinados normalmente por la esencia de esta rama del derecho –Derecho Administrativo–, en cuanto parte del ordenamiento jurídico, y con este criterio se «definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción». entre ellas se incluyen «las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales». el extraordinario avance que supone la ratificación del control judicial de los actos discrecionales en esa ley quedaba claramente mermado con la exclusión que en la parte dispositiva concretaba aquel precepto de «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar», aunque se atribuyera a dicha jurisdicción conocer y determinar las indemnizaciones que fueran procedentes» DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero, 2012, pág. 52*

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 45/1990, de 15 de marzo, y en relación con los actos políticos, dijo que «no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes⁷». De tal forma que el acto político, en la medida que no está sujeto al Derecho Administrativo, conforma una tipología de acto diferente y no sometido al mismo control que el acto administrativo en sede jurisdiccional⁸.

La diferencia entre el acto político y el acto administrativo discrecional no ha sido tampoco cuestión pacífica. Así, para RODRÍGUEZ-ARANA⁹ es el acto político el

7 Fundamento Jurídico 2º. En el mismo sentido SSTC 196/1990, de 20 de noviembre, y 220/1991, de 26 de noviembre

8 «García de Enterría rechazará la exención tanto por lo absurdo del móvil político como por su inutilidad e innecesaridad, con fundamento en que todas las potestades están de una u otra forma regidas por el derecho y el juez puede y debe fiscalizar su ejercicio. negará, pues, la existencia de la categoría de los actos políticos y afirmará que la razón de su exclusión del control judicial contencioso-administrativo obedece exclusivamente a que determinadas actuaciones del Gobierno no están sujetas al derecho administrativo. Únicamente aquellos actos dictados por el Gobierno como consejo de Ministros, en los que confluyen funciones constitucionales de relaciones entre poderes o el carácter de órganos de la personalidad jurídica-internacional del estado en su totalidad (manifestación de la función política como las grandes decisiones que afectan al estado como un todo) quedarían al margen del «derecho universal al juez» que consagra el art. 24 ce, implicando de paso la derogación sobrevenida del mencionado precepto de la LJCA de 1956» DIEZ SÁNCHEZ, J.J., «El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno», *ob. cit.*, pág. 74.

9 «En este contexto aparece la problemática del acto discrecional por excelencia: el acto político. A partir de una determinada interpretación del principio de la separación de poderes, hasta no hace mucho incluso el acto discrecional no era susceptible de control por los jueces por entender que tal criterio fundante del Estado de Derecho impedía que un poder del estado pudiera enjuiciar los actos de otro poder del Estado. Sin embargo, desde los propios postulados del Estado de Derecho se advirtió que un poder del Estado que volviera a la subjetividad, al capricho, a la pura voluntad de arbitrio como fuente de ejercicio del poder, sería un poder absoluto, un poder incongruente con el sentido mismo del Estado de Derecho. Por ello, al poder judicial, que ha de ser independiente y autónomo del ejecutivo y del legislativo, se le confió precisamente el conocimiento de las controversias jurídicas, muchas de las cuales se producen frente a los actos del poder ejecutivo. Pues bien, cuando el poder ejecutivo actúa como tal, cuando el gobierno ejerce sus funciones políticas suelen producirse determinados actos que se denominan actos políticos, que tradicionalmente estaban excluidos del control de los tribunales de justicia por entender que la tarea de dirección política que al gobierno compete como cabeza de la Administración pública están exentas de control judicial. Tal afirmación de irrecurribilidad, de ausencia de control, de ámbitos propios donde no es posible que entre el poder judicial, no parece que pueda mantenerse en un Estado de Derecho. Porque, como antes comentamos, el Estado de Derecho se caracteriza entre otras cosas por la no existencia de áreas o espacios exentos de control judicial, pues, de lo contrario se estaría posibilitando la arbitrariedad, la opacidad, la oscuridad, el misterio o el enigma en donde debe haber transparencia, claridad, posibilidad de control y congruencia o racionalidad» RODRÍGUEZ-ARANA, J., «Derecho Administrativo Español», *ob. cit.*, pág. 16.

paradigma de los actos discrecionales, mientras la Ley de Jurisdicción de 1956 acuñaba la categoría del acto político como acto distinto a los actos administrativos discrecionales. Y tal cuestión quedó —aparentemente— resuelta con la Ley de Jurisdicción de 1998, la cual, interpretada en Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2000, «*hace desaparecer legalmente la noción de acto político como causa de exclusión del control judicial*». Pero ello no determinaba la exclusión de la existencia del acto político, que pasaba a situarse dentro del ámbito de la discrecionalidad fiscalizable en sede contencioso-administrativa, aunque con espacios y matices propios, que los van a distinguir de los actos administrativos. De esta forma, el acto político no está sujeto al Derecho Administrativo, pero sí queda sometido al control jurisdiccional contencioso-administrativo en cuanto las decisiones de contenido político del Gobierno puedan lesionar derechos fundamentales y cuando existan elementos reglados que deban cumplir los actos políticos.

Y es esa la conclusión que alcanza el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de noviembre de 2013, en cuanto a la naturaleza del otorgamiento del indulto. Al Tribunal le resulta indiferente la conceptualización como acto de gobierno, en cuanto en sus aspectos reglados son igualmente fiscalizables: «*Resulta irrelevante su consideración como acto político del Gobierno. Efectivamente, el art. 26 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno dedica su art. 26 al control de los actos del Gobierno, y su número 3 dispone que “los actos del Gobierno (...) son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora”. De este modo, la Ley se remite a la LRJCA que, a su vez, se refiere al control de los actos del Gobierno en el artículo 2º, apartado a); precepto que dispone “el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”. Regula, pues, el artículo citado el control de los actos que son propios del Gobierno cuando el mismo actúa como tal y no como Administración Pública, esto es, como Administración General del Estado, en expresión del artículo 1º.2.a) de la misma Ley de la Jurisdicción(...)»¹⁰.*

10 No obstante, la Sentencia considera que «*tras la aprobación de la CE de 1978 el mantenimiento de estos sectores de actividad gubernamental, como excluidos del control jurisdiccional, resultaba contraria a la plena justiciabilidad de la actuación de los poderes públicos que la propia CE imponía—“... sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”—, llegando a considerarse el citado artículo 2 de la LRJCA56 (Disposición Transitoria Tercera de la CE) como derogado por el texto constitucional (por todas SSTs de 17 de diciembre de 1992, 29 de abril de 1993 y 6 de febrero de 1995), por cuanto el sistema constitucional no aceptaba la exención judicial de la categoría genérica de los “actos de dirección política”. En síntesis, lo que la citada expresión legal implica es que el legislador ha querido excluir toda posible discusión sobre una supuesta diferencia sustantiva entre los actos de las autoridades públicas sujetos al Derecho Administrativo y aquellos otros, difícilmente definibles, que no lo estarían y que, en consecuencia, quedarían excluidos de todo control por los Tribunales. La cuestión hoy no es esa, sino la de comprobar, una vez más, hasta donde ha de llegar nuestra posibilidad de control en este tipo de actos de máxima discrecionalidad, como en el supuesto de autos son los indultos».*

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

Asume así el Tribunal Supremo una posición ecléctica respecto a cuál es la naturaleza del acto de otorgamiento del indulto. Afirmando que no es un acto administrativo¹¹ y que es esencialmente discrecional, no resulta necesario entrar en discusiones doctrinales sobre los actos políticos, en la medida que el acto es susceptible de ser fiscalizado en sus elementos reglados y, por tanto, no escapa al control jurisdiccional.

2. El indulto como acto graciable.

No obstante la diferencia entre los actos discrecionales y los políticos, el Tribunal Supremo considera que el otorgamiento del indulto forma parte de una categoría jurídica diferente –*tertium genus*–: los actos graciabes, respecto a los cuales la doctrina del Alto Tribunal ha determinado unos elementos de caracterización que los individualiza respecto a los demás. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2005, se indica que «*la exigencia de motivación que invoca el recurrente con la cita de la indicada sentencia está referida a un auténtico acto administrativo sujeto a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a diferencia de lo que ocurre con el acuerdo negatorio de la concesión de indulto que constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala*», por lo que, para el Tribunal, el indulto no un acto discrecional sino que forma parte de una categoría diferente, que está exento de una motivación por su propia naturaleza.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2012: «*El indulto, strictu sensu, no es un acto administrativo, ni menos un acto cuasi-reglado pues el ejercicio del derecho de gracia constituye una facultad potestativa no susceptible de ser combatida ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, salvo cuando se incumplan los trámites establecidos para su adopción, de suerte que su concesión o denegación se conforma como un acto no sujeto al derecho administrativo*».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2013 por su parte, considera que la concesión del indulto es una decisión libérrima que no es oponible «*la víctima no puede impedir el indulto, pues esta prerrogativa pertenece a la categoría de los actos graciables cuya concesión o denegación es libérrima para el poder público titular de la misma. 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*».

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2014, –cuyo pronunciamiento respecto a la naturaleza del acto graciable reitera la Sentencia de 6 de junio de 2014–, indica que «*la naturaleza del indulto como acto graciable y, en consecuencia, revestido de una total libertad en la decisión, impide establecer ese juicio de ponderación que es propio del examen de la vulneración de este derecho fundamental porque aun cuando se tratare de supuestos idénticos, la concesión o denegación del indulto en uno y otro supuesto quedaría sometida a la propia discrecionalidad del Gobierno, cuya decisión de fondo, en principio, no es susceptible de revisión, ni en la vía jurisdiccional ni tampoco en el trámite del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTS de 28 de abril y de 5 de mayo de 2009, Recursos núms. 487/2008 y 570/2008 y ATC 360/1990)*».

Se pueden así determinar cuáles son los elementos distintivos del acto graciable que, en esencia, se concretan en: constituir una categoría distinta al acto discrecional, diferente al acto administrativo; solo fiscalizables respecto a sus elementos reglados en sede jurisdiccional; cuyo otorgamiento es una decisión libérrima¹² del poder público titular de la potestad –que estará revestido de total libertad de decisión, sólo sometido a la discrecionalidad propia del Gobierno–; y deberá ajustarse a la ley que regula su ejercicio.

¹² TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ se muestra muy crítico respecto a la existencia de una facultad “libérrima” en el Estado de Derecho: «*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 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*» FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto», Revista de Administración Pública, núm. 194, mayo-agosto 2014, Madrid, 2014, pág. 220

En los votos particulares emitidos en la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 los Magistrados –tanto los concurrentes como los discrepantes– efectúan un análisis del acto del otorgamiento del indulto a la luz de la naturaleza de éste como acto graciable. Así, el Magistrado Sr. ESPÍN indica: «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 recurso¹³».

El Magistrado Sr. Díez-PICAZO, determina la naturaleza del indulto como acto graciable, y lo considera libérrimo en su concesión o denegación, ya que lo graciable es “lo que puede darse o negarse de manera libérrima”. Considera que el acto de otorgamiento del indulto es un acto político que no puede ser enjuiciado desde los parámetros de la arbitrariedad pues en sí mismo, es libérrimo: «Que la interdicción de la arbitrariedad, proclamada en el art. 9 CE, rige para todos los poderes públicos es algo que no puede ser seriamente puesto en duda; y, por tanto, también los “actos políticos” están sometidos a dicho principio. Ahora bien, estos actos –entre los cuales, como quedó dicho más arriba, se hallan el otorgamiento y la denegación del indulto– se caracterizan por ser susceptibles de control jurisdiccional únicamente en lo atinente a “los elementos reglados”, tal como dispone el art. 2 LJCA. Ello significa que el remedio frente la eventual arbitrariedad de un acto de esta índole no puede ser buscado en los Tribunales. Es más: la idea misma de arbitrariedad –es decir, de decisión mediante pura voluntad y sin sujeción a regla alguna– sería difícilmente aplicable, en términos de razonamiento jurídico, a los actos graciabiles; y ello porque graciable es precisamente lo que puede darse o negarse de manera libérrima. Así las cosas, el control social –que no jurídico– del derecho de gracia por parte de la opinión pública es especialmente necesario, para evitar un ejercicio excesivo o abusivo de aquél¹⁴».

También el voto particular del Magistrado Sr. LESMES SERRANO¹⁵, aporta los elementos para la concreción de la naturaleza como acto graciable de la decisión de otorgamiento o denegación del indulto:

13 Al que se adhiere la Magistrada Sra. PICO LORENZO.

14 «Así, la configuración del indulto tradicionalmente hecha por la jurisprudencia de esta Sala es, en mi opinión, correcta y plenamente válida: se trata de una decisión puramente graciable –es decir, puede ser concedida o denegada de manera libérrima– y, por consiguiente, la jurisdicción contencioso administrativa sólo se extiende a sus elementos reglados ... Cuando se acaba de exponer no queda enervado por el carácter graciable del indulto, con la consiguiente imposibilidad de someter el contenido del acto de otorgamiento o denegación de aquél a control jurisdiccional (...) Pues bien, este argumento ha de rechazarse, no sólo porque en la comunidad de los juristas no existía conciencia alguna de esa pretendida diferencia, sino sobre todo porque tan graciable –o sea, tan libérrimo– es indultar como no indultar; y ello por no mencionar que, del mismo modo que no existe un derecho a ser indultado, tampoco existe un derecho a que otro no lo sea».

15 Al que se adhieren los Magistrados Sres. ENRIQUEZ SANCHO, YAGÜE GIL, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, DÍAZ DELGADO, OLEA GODOY, FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, CÓRDOBA CASTROVERDE, CONDE MARTÍN DE HUJAS y MARTÍN TIMÓN.

1.- Imposibilidad de una fiscalización sustancial del acto por parte de los órganos jurisdiccionales: *«El ejercicio de la prerrogativa de gracia es de configuración legal en cuanto al procedimiento a seguir para su concesión o denegación así como respecto de la propia extensión del perdón, sin que sea admisible una fiscalización in integrum y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución, según ha señalado el propio Tribunal Constitucional al indicar que la decisión (conceder o no conceder) no es fiscalizable sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional (ATC 360/1990, FJ 5), al pertenecer esta prerrogativa a la categoría de los actos graciabiles. Junto a ellas la parte invoca otras infracciones como desviación de poder o la falta de motivación, que hasta ahora nuestra jurisprudencia venía situando extramuros de los elementos reglados contenidos en la Ley de Indulto y por tanto ajenos a nuestro canon de enjuiciamiento de los actos graciabiles».*

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

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

4.- La decisión de conceder o denegar el indulto, y las razones para ello, están extramuros del derecho: *«En nuestro sistema jurídico-político es preciso encontrar un equilibrio prudente entre lo que puede y no puede controlar el Juez, inserto en nuestra realidad constitucional para no caer en la concepción utópica de que el Juez tiene el poder de ejercer un control ilimitado sobre el contenido de todas las decisiones que adoptan los demás poderes constitucionales. En un acto*

graciable como es el indulto, la decisión de concederlo o no y las razones por las que se concede, forman parte de su núcleo esencial y se sitúan extramuros del Derecho. El Derecho ya fue aplicado por los Tribunales y el Ejecutivo no puede revisar –desde la perspectiva estricta del ordenamiento jurídico– esa aplicación a través del instituto del perdón. Las razones del indulto nunca pueden ser jurídicas, es decir basadas en posibles contravenciones del ordenamiento jurídico, pues admitirlo así sería tanto como reconocer al Gobierno el poder de revisar sentencias judiciales desde el Derecho Pero el control de las razones de fondo que llevan a conceder un indulto, aunque sea desde la perspectiva de la arbitrariedad, obliga a un escrutinio, aún superficial y limitado, del fondo de la decisión, lo que pugna con la naturaleza misma del acto graciable, cuya concesión o denegación es libérrima como la propia sentencia reconoce. Esta previsión legal tan solo resulta aplicable a los actos o actuaciones debidas o, dicho de otro modo, a las obligaciones de actuar “jurídicamente obligatorias”. Nada más alejado de la esencia misma que supone la concesión de un indulto, que en cuanto acto graciable no es obligatoria su adopción».

Es precisamente la naturaleza jurídica del acto decisorio sobre el indulto una consecuencia de la excepcionalidad de la institución del *derecho de gracia* en nuestro sistema constitucional. Resultaría contradictorio que el indulto se situase en la esfera del Derecho Administrativo cuando éste se configura como la decisión libérrima del perdón. Nada podría ser más contradictorio que plantear la naturaleza del acto de concesión de indulto en el ámbito de los contenidos materialmente fiscalizables, pues ser una excepción constitucionalizada es la esencia misma de la *gracia, rara avis* respecto a la naturaleza jurídica de los demás actos del poder público.

Ahora bien, la cuestión estriba en determinar si es admisible la existencia de los actos graciabes –como actos libérrimos e inmotivados– en nuestro Estado de Derecho. Esa tipología de actos, especial y única, que se sitúa incluso más allá de los actos políticos en cuanto a su imposibilidad de fiscalización material, es una auténtica reliquia, una reminiscencia, del pasado absolutista. Del Rey absoluto podían emanar actos graciabes pues su condición soberana lo permitía. Sin embargo, en nuestro Estado de Derecho, la soberanía no tiene un titular individualizado sino que la ostenta el pueblo. Esta configuración teórico - conceptual de la soberanía no permite justificar la existencia de una potestad para la génesis de los actos graciabes desde un poder público como una expresión de su soberanía, ya que el poder del que emana no es titular de la soberanía, ni existe un escrutinio previo de la voluntad del pueblo respecto a tales actos, en los que se pudiese residenciar la legitimación del acto graciable. Pero ni tan siquiera los representantes del pueblo en las Cortes tienen participación en el acto graciable, ni de forma previa ni en términos de control posterior del acto.

Tampoco en la Constitución se advierte una previsión expresa para que los poderes públicos puedan adoptar actos graciabes. Del art. 62.i) CE no se desprende una habilitación a tal fin, que admita que la existencia de los actos graciabes está

constitucionalizada. Siendo así, el acto que se califica como graciable –siendo admisible según la jurisprudencia del Tribunal Supremo–, deberá estar sometido a las mismas exigencias y principios constitucionales que deben regir los demás actos de los poderes públicos. Y entre ellos, el requisito de la motivación del acto¹⁶.

II. CONTROL DEL ACTO DE CONCESIÓN DEL INDULTO.

En virtud de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre, del Gobierno, una de las vías de control de los actos del Gobierno es la fiscalización en vía Contencioso-Administrativa, con remisión a lo dispuesto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y es el control jurisdiccional del acto de concesión del indulto el único cauce admisible para realizar el contraste de éste con la legalidad ordinaria.

1. Control jurisdiccional de los elementos reglados.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado, de forma reiterada, sobre la vía para la fiscalización del acto de concesión del indulto en sede contencioso administrativa. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2014¹⁷, refiere hasta una treintena de sentencias en las cuales se afirma la posibilidad del control del ejercicio del *derecho de gracia*, en sede jurisdiccional, pero limitada a sus aspectos formales.

El Tribunal Constitucional mantiene idéntico criterio en cuanto al límite de la posibilidad de fiscalización del acto de concesión del indulto por la jurisdicción ordinaria y la constitucional: *«el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que las*

¹⁶ «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 fundamento 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 fundada» FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto”, *ob. cit.*, pág. 220.

¹⁷ «En el mismo sentido se ha manifestado en forma unánime esta Sala en una treintena de sentencias recaídas en los casos de denegación de indultos [Cfr., las de 30 de enero de 2014 (Rec. 407/2012), 9 de mayo de 2013 (Rec. 481/2012), 5 de mayo de 2009 (Rec 570/2008) ó 28 de abril de 2009 (Rec. 487/2008) y las que en ellas se citan]: «El ejercicio del derecho de gracia de indulto –dice así la Sentencia de 28 de abril de 2009– se “configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala [...] exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que [...] el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto»

decisiones que se adopten al efecto sean fiscalizables por los órganos jurisdiccionales, incluyendo el Tribunal Constitucional¹⁸».

En el art. 2 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se encuentra el encaje de la fiscalización del acto del Gobierno, y su restricción a sus elementos reglados: «*El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*».

De esta forma el control jurisdiccional del acto de otorgamiento de indulto es limitado, y no puede afectar al contenido material de la decisión, sino al cumplimiento de los elementos reglados de ésta, establecidos en la Ley de 1870¹⁹. El Tribunal Supremo, justifica tal limitación en cuanto «*La potestad de decidir en cuanto al fondo en la delicadísima misión de templar en ocasiones excepcionales el rigor excesivo de la justicia con apreciación de consideraciones de equidad no es, en cuanto a su procedencia ni a la oportunidad de la decisión, susceptible de un control jurisdiccional ni tampoco de ser sustituida por los Tribunales de justicia. Desde la época romana hasta hoy se ha afirmado, en todos los sistemas, que el perdón o el indulto son libres y se conceden por razones de bondad y de equidad, no por formulismos legales: «Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat» (Séneca, De Clementia, II, 7)²⁰*».

18 Auto TC 278/1997, de 16 de julio. Igualmente, el Auto TC 360/1990, de 5 de octubre: «*determinadas circunstancias fácticas pueden dar lugar a que, en ocasiones, las penas impuestas como consecuencia de un ilícito pierdan total o parcialmente su significado legal y constitucional. Precisamente para ello existe la figura del indulto que permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material del caso. Ahora bien, como ya se ha indicado, el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que esas decisiones sean fiscalizables sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluyendo este Tribunal Constitucional. Por ello una cosa es la distinta valoración de las circunstancias de un caso que puedan hacer el Gobierno y el afectado, y otra que se estén vulnerando Derechos Fundamentales de quien fue condenado por la realización de un ilícito legalmente tipificado» (Fundamento Jurídico 5º)*

19 «*La doctrina general extraída de las decisiones judiciales dictadas en relación con el indulto tras la entrada en vigor de la LJ de 1998, en los términos en que la sintetiza la mencionada resolución, incluye en el ámbito de aplicación del control contencioso-administrativo los aspectos formales, expresión que parece equiparar a los «elementos reglados del procedimiento o de la gracia» (entre los cuales se encontraría –por citarlo así la jurisprudencia– la solicitud, por parte del Ministerio de Justicia, de los informes preceptivos y no vinculantes), mientras que quedarían fuera del mismo los defectos de motivación del indulto y la valoración de los requisitos de carácter sustantivo» URKOLA IRIARTE, M., “¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013”, R.V.A.P. núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014, pág. 14*

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

El límite de la fiscalización respecto a los elementos reglados, ha tenido una concreción expansiva en la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo contencioso-administrativo, de 20 de noviembre de 2013, pues si bien considera indisponibles para el juzgador valorar los aspectos sustantivos de la *gracia*, el control de los elementos reglados alcanza también a los requisitos formales que determinen la justificación en la aplicación de los criterios de justicia, equidad y utilidad pública que establece la Ley de 1870. La Sala, tomando referencia en diferentes pronunciamientos previos, ha establecido que «en relación con la posibilidad de control de los actos de indulto: a) Que el control jurisdiccional no puede extenderse a los defectos de motivación del indulto. b) Que el control se concreta en los “aspectos formales”, esto es, en los elementos reglados” del procedimiento o de “la gracia”. c) Que, como elemento reglado, en concreto, se cita por la jurisprudencia la solicitud, en el expediente, de los informes preceptivos y no vinculantes. Y, d) Que el control jurisdiccional no se extiende a la valoración de los “requisitos de carácter sustantivo». De ellos, no considera el Tribunal que exista un ámbito dable a la arbitrariedad del Gobierno en la concesión del indulto, en la medida que es posible efectuar un control sobre las razones de justicia, equidad o utilidad pública, que son advertibles desde elementos objetivos²¹.

nes a lo que se ha sentenciado en ese ámbito, como ocurriría en caso de acoger la pretensión que enjuiciamos. La potestad de mitigar la dureza de una condena, en todas las ocasiones en las que ello sea de razón, es atribuida normalmente a los Jefes de Estado, dado que se sitúan en el vértice de todos los poderes en los que se divide la organización democrática de éste y pueden, como auténtica excepción a la cosa juzgada, intervenir mediante un acto extraordinario de perdón o de clemencia. La concesión o denegación de la medida de gracia no es susceptible de ser sustituida en éste orden de jurisdicción, aunque la misma se encuentre sometida a múltiples controles de procedimiento, cuyo cumplimiento sí debe ser sometido a un escrupuloso control jurisdiccional. Conforme a ese esquema legal a los tribunales de este orden contencioso nos corresponde controlar que el ejercicio por el Gobierno de las facultades que le atribuye la expresada Ley se ajuste en forma escrupulosa a todas sus prescripciones, así como a los límites que marca la Constitución, pero no sustituir en cuanto al fondo la decisión de conceder o denegar un indulto, ya sea total o parcial, ni otorgar medidas de gracia o, lo que sería equivalente, reconocer el derecho a que se concedan. No nos es posible intimar al Consejo de Ministros con nuestras resoluciones para que conceda un indulto o para que proponga dicha medida para su concesión al titular de la prerrogativa de gracia. Resulta, en síntesis, de lo expuesto que el control de la prerrogativa de gracia por medio del indulto está limitado en lo que corresponde a este orden de jurisdicción contencioso-administrativa al procedimiento de gracia, pero no al resultado de ese mismo procedimiento» Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo, de 6 de junio 2014, ob. cit.

21 «Obvio es que el control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar), ni a la valoración del contenido de los requisitos formales (esto es, al contenido de los informes reglados a los que se refiere la LI), pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública”; especificación a la que ha de llegarse “con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir”. Esto es, no contamos con ámbito de revisión jurisdiccional respecto de la decisión de indultar, ni podemos adentrarnos en las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones que consten en el expediente, pues nuestro ámbito llega, como hemos expresado, al control de la concurrencia de los elementos preceptivos, sin poder discutir sus respectivos contenidos. Pero sí debemos enjuiciar si las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” –que necesariamente deben de constar en el Acuerdo y que pueden responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las 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» Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013, ob. cit., pág. 2913

Siguiendo a URKUOLA IRIARTE, «*la Sentencia recurre, en este ámbito, al «principio de configuración legislativa asequible» El Pleno estima que el control jurisdiccional de los actos de Gobierno, en este caso de los indultos, ha de circunscribirse a los «límites o requisitos» previamente determinados por el legislador que puedan ser considerados «conceptos judicialmente asequibles». Se trata de una técnica de control de creación jurisprudencial ante la cual también se ha manifestado la divergencia en las posiciones doctrinales. La decisión judicial equipara, en la práctica, tal control al de los elementos reglados de los actos discrecionales. La propia Sentencia analiza elementos reglados previstos por la LI ante alegaciones de infracción, de diverso calado, planteadas por los recurrentes acerca de dos actos integrantes del iter procedimental previo a la decisión de concesión del indulto, sin que la postura unánime de los integrantes del Pleno deduzca la existencia de irregularidad invalidante alguna²²».*

2. La motivación del acto de concesión del indulto.

El textual de la Ley de indulto de 1870, anterior a la modificación operada por Ley 1/1988, de 14 de enero, preveía en su art. 30 que: «*La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta*». En la modificación del año 1988 –art. 3.3– se establece que: “*En el artículo 30, la palabra «Gaceta» queda sustituida por «Boletín Oficial del Estado», y las palabras «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros», por «Real Decreto»*”. Tal modificación determinó que el textual vigente del art. 30, Ley de 1870, tenga la siguiente dicción: “*La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*”.

La aparente inocuidad de la reforma de la Ley del indulto realizada en el año 1988, determinaba sin embargo, una alteración sustancial de uno de los principales elementos de validez de los actos emanados de los poderes públicos: la motivación²³, exigencia que dimana del art. 9.3 CE en tanto su ausencia conduce a la

22 URKOLA IRIARTE, M. J., “¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013”, *ob. cit.*, pág. 16

23 Modificación que se introduce con ocasión de la tramitación de una proposición de ley del C.D.S., destinada a agilizar la tramitación de las solicitudes de indulto cursadas al amparo del párrafo segundo del art. 2 del Código Penal y que daría lugar a la Ley 1/1988, de 14 de enero. Se trataba de una reforma de orden procedimental y, por tanto, en apariencia, de escaso interés, que introdujo, por vía de enmienda, la modificación del art. 30 de la Ley de Indulto de 1870. Respecto a ésta, Requejo Pagés dice: «*Entre las diversas enmiendas presentadas durante la tramitación de la reforma de la Ley de Indulto se entreveró una –la núm. 6, auspiciada por el Grupo Socialista– al art. 30, con la que se pretendía «sustituir los términos “Gaceta” por “Boletín Oficial del Estado”, y “Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros” por “Real Decreto”*». La motivación de la propuesta era la que sigue: «*Adaptación de terminología*»; esto es, entre el adjetivo que precede a “Decreto” en la versión propuesta y los que le siguen en la sometida a reforma no había, para los socialistas, ninguna diferencia de sustancia, y suplir éstos por aquél sólo suponía remozar las formas de la Ley con arreglo a la terminología monárquica –de la que el Grupo Socialista se erigió, como no podía ser menos, en solicitó guardián. No sé, como antes dije, si esto respondía a la astucia o a la inadvertencia. Lo fuera a la una o a la otra, lo cierto es que de alguna de ellas padecieron también los

arbitrariedad. Para PÉREZ FRANCESCH, «sin duda uno de los principios constitucionales que deben regir la concesión de indultos y que adquiere, por su importancia, una entidad propia es la necesidad de motivación. El art. 9.3 CE al garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos prohíbe los actos arbitrarios, que no los discrecionales. La capacidad de motivar es lo que diferencia un acto arbitrario de uno discrecional y en consecuencia discrecionalidad no es sinónimo de no motivación, lo que nos lleva a afirmar que la no motivación de un indulto no supone el ejercicio de una facultad discrecional sino la enunciación de un acto arbitrario, constitucionalmente vedado²⁴»

La motivación no es solo una exigencia de los actos administrativos. Debe concurrir en todos los actos de los poderes públicos y la suficiencia de tal motivación, siguiendo a Tardío Pato «no sólo requiere la aportación de una simple exteriorización de motivos con argumentos, sino que esos motivos y argumentos deben ser coherentes y solventes, y se debe exigir que el control del cumplimiento del requisito de la citada motivación incida sobre ambos aspectos y no que se contente con la mera aportación de una apariencia de la misma, de una pseudoargumentación. Y en tal sentido debe entenderse la exigencia de suficiencia de tal motivación²⁵»

Precisamente la ausencia de motivación del indulto ocupó el lugar central de la controversia planteada al Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de 20 de

demás Diputados, pues la propuesta fue aceptada sin discusión. Así, de manera que me atrevería a calificar de clandestina –pero, visto el resultado, no de torpe si, como cabe deducir de la vigencia continuada de la Ley 1/1988, tal era lo que a la postre se perseguía–, se terminó con casi 120 años de indultos motivados y se volvía –y en ellas seguimos– a las maneras propias de los tiempos de la real gana» REQUEJO PAGÉS, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, Revista Electrónica de Historia Constitucional, núm. 2, 2001, pág. 104.

24 PÉREZ FRANCESCH, J.L., “el indulto como acto del gobierno: una perspectiva constitucional (especial análisis del caso Liaño)”, Revista de derecho político, núm. 53, 2002, pág. 35

25 «Podemos distinguir en la fundamentación o motivación (que en este sentido podrían considerarse como términos sinónimos) entre un aspecto sustancial o material y un aspecto formal (J.A. TARDÍO PATO, 2006, pág. 162). El aspecto material consiste en que las resoluciones adoptadas posean una justificación interna, fruto de una argumentación previa que posea un mínimo de calidad (considerable o respetable, en términos de la STS de 13 de julio de 1984 –RJ 1984/4673, FJ 13–), aunque todavía no se haya exteriorizado formalmente. Y el aspecto formal es la exteriorización (normalmente por escrito) de dicha justificación o argumentación efectuada con las características destacadas. El aspecto sustancial suele calificarse como fundamentación objetiva y el aspecto formal o de exteriorización como motivación. Pero, en realidad, los dos aspectos están íntimamente entrelazados y pueden considerarse inescindibles, porque sin exteriorización difícilmente se va a poder verificar la existencia de una fundamentación objetiva y porque sólo desde un formalismo absurdo se va a poder admitir como cumplimiento de la exigencia de motivación o fundamentación de los actos en general de los poderes públicos la mera exteriorización de una argumentación incoherente y contradictoria y que no cumpla los demás requisitos citados. Por eso, cabe afirmar que la motivación suficiente en sentido propio de tales actos no sólo requiere la aportación de una simple exteriorización de motivos con argumentos, sino que esos motivos y argumentos deben ser coherentes y solventes, y se debe exigir que el control del cumplimiento de la citada motivación incida sobre ambos aspectos y no que se contente con la mera aportación de una apariencia de la misma, de una pseudoargumentación. Y en tal sentido debe entenderse la exigencia de suficiencia de tal motivación» TARDÍO PATO, J.A., “Los Principios Generales del Derecho. Su aplicación efectiva como normas jurídicas”, Ed. Bosch, 2011, pág. 260, nota 807

noviembre de 2013. Tal cuestión había sido objeto de pronunciamientos del Tribunal Supremo, *V. gr.*, Sentencia de 2 de diciembre de 2005²⁶. Sin embargo, el Tribunal no consideraba la motivación del acuerdo como una exigencia en las decisiones relativas al ejercicio del *derecho de gracia* por cuanto su naturaleza dispar respecto al acto administrativo excluía como requisito su motivación²⁷.

En el asunto sometido al Tribunal Supremo que resuelve la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 el Gobierno no había especificado, en el Decreto de concesión, las razones de justicia, equidad o utilidad pública por las que otorgaba el indulto, si bien tal obligación desapareció de la Ley con la reforma del 1988. La citada Sentencia, reiterando la inaplicación de los requisitos de los actos administrativos que establece la Ley 30/1992, en particular, la motivación –incidiendo con ello en la no exigibilidad de la misma en las decisiones que adopte el Gobierno sobre el *derecho de gracia*–, pasa a indicar que «(...) *no es menos*

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

27 Sentencia Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 2010: «En primer lugar y en lo que atañe a la falta de motivación del acuerdo, que se denuncia en la demanda, basta hacer referencia a la constante jurisprudencia de esta Sala, que se plasma en la sentencia de 23 de enero de 2008, entre las más recientes, en la que se indica que "esta Sala ha declarado en sentencia de 16 de enero de 2.008 que, como se recoge en Sentencia de 12 de diciembre de 2.007, existe una línea jurisprudencial reiterada, y que se recuerda, a título de ejemplo, en Sentencias de 27 de mayo de 2.003, 16 de febrero de 2.005 y 11 de enero de 2.006, conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1/1.988 de 14 de enero, que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que es ejemplo la sentencia de 3 de junio de 2.004, exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como ya declaramos en sentencia de 21 de mayo de 2.001, el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los artículos 19 a 32 de la Ley de Indulto No resultan, en definitiva, como venimos reiteradamente recordando, de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno...". Tal jurisprudencia se apoya en la naturaleza del acto en cuestión, pues, como indican reiteradas sentencias, caso de la de 16 de febrero de 2005, "el acuerdo denegatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala", afirmando la sentencia de 27 de mayo de 2003, recogida por la 10 de octubre de 2007, que "el control que nos corresponde hacer del acto del Gobierno que se somete a nuestra consideración es el de sus elementos reglados, que en este caso son los que se contienen en el capítulo III de la Ley de 18 de junio de 1.870, en la redacción dada por la Ley 1 de 1.988, de 14 de enero, y que regula el procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto, artículos 19 a 32 de la Ley»

cierto que por la misma ley de indulto se exige que del acuerdo de indulto se desprendan las razones de justicia, equidad o utilidad pública a las que, de forma expresa se refiere en su art. 11; razones a las que también alude su exposición de motivos cuando señala que al concesión del indulto ha de llevarse a cabo con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, la equidad o la conveniencia social».

Concluye el Tribunal Supremo exigiendo del Gobierno que del Decreto de concesión de indulto se desprendan, expresamente, las circunstancias de justicia, equidad o utilidad pública que le han llevado a otorgar la *gracia* al supuesto concreto «*Si el legislador ha establecido la obligación de seguir un procedimiento para la concesión o denegación de los indultos, que ha de materializarse y documentarse en un expediente administrativo, y si el legislador exige que consten siempre razones que le motiven a ejercer la prerrogativa constitucional, obvio es que el legislador ha pretendido que de esa tramitación documentada se desprendan las tan citadas razones de justicia, equidad o utilidad pública, legalmente exigibles, pues, de otra forma, la inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa*», por la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE.

El término utilizado por el Tribunal Supremo “desprender” –diferenciado de “motivar”– pasa, no obstante, a adquirir su verdadero contenido en los posteriores pronunciamientos del mismo Tribunal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014, interpretando la anterior de 20 de noviembre de 2013, considera que no es aplicable la exigencia de una motivación formal en los casos de denegación de indulto, pero afirma que el alcance de su previa Sentencia de 20 de noviembre de 2013 determina la exigencia de dicha motivación formal en las medidas de concesión del indulto: «*Es cierto que dicha sentencia ha declarado la pertinencia de controlar, en los casos de ejercicio positivo de la facultad de indulto, la necesidad de motivación formal de las medidas de concesión del indulto. Sin embargo ese criterio no se extiende a los casos de denegación de las medidas de gracia. Así lo ha declarado esta Sala y Sección en la citada sentencia de 30 de enero de 2014 cuya doctrina se confirma también en este extremo*»²⁸).

²⁸ «*La queja de ausencia de motivación se refiere a la inexistencia de una motivación formal de la decisión y, así, se aduce que no hay constancia en el expediente de que se haya discutido la cuestión en el Consejo de Ministros. Aparte de que ese alegato aparece contradicho por los datos que obran en el expediente, y que hemos declarado probados en el FJ 2º, apartado 7, la queja debe ser examinada teniendo en cuenta la comparación de este caso con lo resuelto en la citada sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de noviembre de 2013. Es cierto que dicha sentencia ha declarado la pertinencia de controlar, en los casos de ejercicio positivo de la facultad de indulto, la necesidad de motivación formal de las medidas de concesión del indulto. Sin embargo ese criterio no se extiende a los casos de denegación de las medidas de gracia. Así lo ha declarado esta Sala y Sección en la citada sentencia de 30 de enero de 2014 (Rec. 407/2012) cuya doctrina se confirma también en este extremo. La referencia que se hace en la demanda al artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1870, reformado por la Ley 1/1988, sobre las exigencias de motivación de las medidas de indulto no resulta aplicable a este caso. El artículo citado se refiere únicamente a los supuestos de conce*

En este particular, la modificación de la Ley de indulto de 1870 operada en 1988, no puede significar, sin más, la inexistencia de una motivación del acto de concesión. Que la ley haya dejado de establecer expresamente tal exigencia en su art. 30 no puede implicar que ésta deje de ser un requisito de la decisión sobre la concesión o denegación de la *gracia* pues no deja de ser un acto del poder público. La interpretación de las normas jurídicas debe hacerse siempre a la luz de la Constitución, por lo que la omisión en ley reguladora del requisito de la motivación –antes expreso– no implica que la motivación haya sido excluida expresamente del acto, si bien ya no se presenta como requisito explícito en la ley, sino implícito en tanto es un acto de los poderes públicos²⁹.

El art. 30 de la Ley de indulto de 1870, no excluye la motivación. No hay un mandato del legislador ordinario dirigido a evitar, taxativamente, que la decisión sobre la *gracia* sea motivada. No lo hay porque caso de existir, tal previsión sería inconstitucional, en tanto se determinaría una colisión con el principio de interdicción de la arbitrariedad, al cual está ordenada la necesidad de motivación de los actos de los poderes públicos. Y, desde este planteamiento, la interpretación de la modificación del art. 30 de la Ley de 1870, no puede llevar a la aceptación del indulto como un acto no motivado por la mera voluntad del legislador ordinario³⁰.

sión de los indultos, que se ha de efectuar formalmente mediante un Real Decreto que se inserta en el Boletín Oficial del Estado. Lo que se enjuicia en este caso es la denegación del indulto que no requiere esa formalidad, ni la existencia de una motivación formal, conforme a la redacción originaria y a la actual de la Ley de indulto de 1870 Como se dijo en la citada sentencia de 30 de enero de 2014, en los supuestos de concesión de indulto existe la oposición por la medida de gracia a lo dispuesto en una sentencia firme e irrevocable, lo que justifica que se deban respetar límites que no juegan ante la denegación de las mismas medidas de gracia, para las que nunca se exigió en la Ley de Indulto de 1870 una motivación. No existe tampoco, desde esta perspectiva, vulneración alguna del artículo 9.3 de la Norma Fundamental» Sentencia Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2014.

29 «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 infima 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» FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto”, *ob. cit.*, pág. 218.

30 Díez SÁNCHEZ mantiene el criterio contrario, pues estima inexigible la motivación formal del indulto: «No está de más recordar que la motivación no se exige en todos los actos administrativos, sin que ello comporte exoneración del posible control judicial según doctrina del TC. Ese es el caso de la denegación de visados ex art. 27.5 de la LO 8/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que la STC 236/2007, de 7 de noviembre, estima constitucional. Para dicha STC FJ 12º, sólo podría sostenerse la inconstitucionalidad si la norma hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional, pues «con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art.

AGUADO RENEDO se muestra especialmente crítico, pues considera que la ausencia de motivación del acto de otorgamiento de la *gracia* del indulto no puede conciliarse con los principios constitucionales, respaldando así la tesis expuesta sobre la ineludible exigencia de motivación del acto de otorgamiento del indulto: “(...) Así, es hoy derecho positivo en el ámbito administrativo, en el que la motivación constituye una exigencia legalmente ineludible para los actos «...que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales...» (art. 54A.e) LRJ-PAC). La LI preveía desde el principio, es decir, desde 1870, esta exigencia de motivación del RD de indulto en su art. 30, y ha estado vigente durante un siglo largo hasta que el legislador de nuestro actual régimen democrático la suprimió en la única reforma a la que dicha Ley se ha visto sometida, en 1988. Pero tal omisión, que en ausencia de Constitución o al menos de Constitución verdaderamente normativa, podría entenderse válida, no puede concebirse así vigente un texto constitucional que rige, por ello mismo, un verdadero Estado constitucional de Derecho, Estado que viene caracterizado, en mayor y más importante medida aún que por la división de poderes, por la imposibilidad de poderes ilimitados o absolutos; máxime cuando *expressis verbis* dispone dicho texto constitucional el inciso referido a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En definitiva, pues, dejando ahora de lado otras consideraciones respecto de la constitucionalidad, o no, del actual art. 30 LI, la ausencia del requisito de motivación no puede concebirse como cobertura posible de actos de gracia desprovistos de la más mínima fundamentación³¹»

9.3» como ya dijera la STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5, y reitera la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11). Pero no es así, con lo cual «la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales» (53). Sin entrar a discutir esta doctrina, que nos parece en exceso formalista, pues no se alcanza a comprender el porqué de la distinción, es suficiente con preguntarse si eso mismo, en su caso, no había exigir en los actos de indulto, pudiendo el Gobierno estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercitado de forma arbitraria sus facultades de gracia. Parece obvio que sí, sin necesidad pues de exigir motivación formal. Tampoco sobra reiterar en lo que nos ocupa, que resulta evidente más allá de las interpretaciones que merezca aquella reforma de la LI e incluso el mantenimiento de su preámbulo, que nunca el legislador de 1870 (ni el de 1988) pensó en las razones como fórmula para ser posteriormente enjuiciada por los tribunales conforme se pretende, sino por el tribunal sentenciador en los casos que así previene ley, y a lo sumo que las mismas pudieran servir como medida susceptible de juicios sociales o políticos. Idea esta última en la que probablemente encuentra sentido la reforma de 1988 que, con independencia de las posibles interpretaciones que quepa, no hace sino dar carta de naturaleza a lo que siempre se había hecho, a pesar de lo que expresamente exigía aquel precepto. El argumento de la motivación sustentando en la exposición de motivos es, por ello y a nuestro juicio, el menos razonable de todos y el más endeble, tanto por el valor de los exordios, como por la propia finalidad de la reforma. Más razonable pareciera ser, en ese supuesto, la invocación del art. 9.3 CE en tanto prohibiría la falta de sustento o fundamento jurídico de las conductas de los poderes públicos, incluyendo el caso del derecho de gracia a pesar de la máxima discrecionalidad que se le atribuye al Gobierno, y con mayor razón tomando en cuenta el entendimiento que la sentencia hará de lo que es actuación arbitraria» Díez SÁNCHEZ, J.J., “El indulto ante la justicia administrativa”, RVAP, núm. 99-100, mayo-diciembre, 2014, págs. 1199 Y 1200.

31 «La CE específica como principio (esto es, convierte en derecho constitucional positivo) el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3). La diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad se ha hecho descansar en la motivación o justificación (...), hasta el punto de concebirse que eso va de suyo. Entiendo, sin embargo, que cabría considerar que puede entenderse vigente una presunción favorable a la actuación correcta (id est, no arbitraria) de los poderes públicos... aun sin motivación. Ahora bien, aun admitiendo esta presunción, no puede haber duda de que la misma debe quedar absolutamente enervada cuando el acto de que se trata tiene el carácter que tiene la gracia, que es de interfe-

Incluso a tal consecuencia puede llegarse desde la vigencia del Decreto del Ministerio de Justicia, de 22 de abril 1938, publicado en el BOE de 24 de abril, en el que se prevé, en su art. 4, que *“El otorgamiento de indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Decreto Motivado, previa deliberación de Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia. Dichos Decretos se insertarán en el Boletín Oficial del Estado”*. El textual de dicho Decreto, no contradice el art. 30 de la Ley de 1870 –en la redacción dada tras la reforma operada por la Ley 1/1988–: *“La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado”*. No lo contradice, porque el art. 30 de la Ley, no exige que el Real Decreto de otorgamiento de indulto no sea motivado, sin que pueda entenderse que el Decreto de 1938 exceda lo previsto por la Ley, ni que contradiga norma superior.

Debemos pues concluir que la motivación del acto del Gobierno respecto a la concesión del indulto no es un requisito susceptible de ser eximido por el legislador ordinario, ni que su omisión determine tal exención, por lo que el sentido del art. 30 de la Ley de indulto de 1870 no puede tener como interpretación válida la exención expresa de motivación del acto. La ausencia de toda referencia a la motivación se debería entender como que ésta está implícita en el acto del Gobierno, por imperativo del art. 9.3 de la Constitución, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, C., “Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el «caso Gómez de Liaño»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21. núm. 63, septiembre-diciembre, 2001

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero, 2012

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “El indulto ante la justicia administrativa”, *RVAP*, núm. 99-100, mayo-diciembre, 2014

rencia en la labor de juzgar y, sobre todo, más normalmente en nuestro sistema (y en el supuesto concreto objeto aquí de nuestra atención), de interferencia en la labor de ejecutar lo juzgado; esto es, expuesto de otro modo, cuando el acto de un órgano público contradice otro emanado por otro órgano distinto, y no un órgano cualquiera, sino un órgano jurisdiccional. En este caso, sin negar un notable margen de manobra para beneficiar a los sujetos de las consecuencias desfavorables impuestas por los Tribunales resulta, más que necesaria, imprescindible la motivación de tal decisión: como se ha dicho en tan afortunados como expresivos términos, que el Estado perdone como un particular no cabe en un Estado de Derecho. Cosa distinta será la solidez o la extensión de la motivación, pero el indulto demanda en todo caso una fundamentación que, en definitiva, impida considerarlo como un acto arbitrario y, por ende, prohibido por la CE, pues la diferencia entre la arbitrariedad y la discrecionalidad estriba en la justificación, y ésta se revela en la motivación» AGUADO RENEDO, C., “Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el «caso Gómez de Liaño»”, *ob. cit.*, pág. 313.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto 2014, Madrid 2014

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Curso de Derecho Administrativo”, volumen 2, Ed. Civitas, 1983

PÉREZ FRANCESCH, J.L., “el indulto como acto del gobierno: una perspectiva constitucional (especial análisis del caso Liaño)”, *Revista de derecho político*, núm. 53, 2002

REQUEJO PAGÉS, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 2, 2001

RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Derecho Administrativo Español”, Tomo II, Ed. Netbiblo, 2009

TARDÍO PATO, J.A., “Los Principios Generales del Derecho. Su aplicación efectiva como normas jurídicas”, Ed. Bosch, 2011

TARDÍO PATO, J.A., “Lecciones de Derecho Administrativo (Acto administrativo, procedimiento y recursos administrativos y contencioso-administrativos)”, Ed. Club Universitario, 2012

URKUOLA IRIARTE, M.J., “¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013”, *R.V.A.P.* núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014

RESUMEN

La naturaleza jurídica del acto del Gobierno que otorga el indulto ha sido objeto de constante reflexión doctrinal y jurisprudencial. La posibilidad de encuadrar al indulto como acto administrativo o acto político, como acto discrecional o acto graciable, lleva consigo una construcción teórico jurídica sobre la determinación de la naturaleza jurídica de cada una de las tipologías citadas, para poder establecer los elementos que configuran a cada una de ellas y, desde éstos, llegar a afirmar o excluir su identidad con los elementos que configuran el acto de otorgamiento del indulto.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Gracia – Indulto – Actos administrativos – Actos políticos – Actos discrecionales – Actos graciales.

ABSTRACT

The legal nature of the government granting clemency has been a matter of doctrinal and jurisprudential debate. The possibility of framing the pardon as an administrative act or political act, as a discretionary act or act of grace entails a legal theoretical construction on the determination of the legal nature of each of the different types mentioned, in order to establish the elements that compose each one of them and, from these come to affirm or exclude their identity with the elements that compose the act of granting pardon.

KEYWORDS: Law of Grace – Pardon – Administrative acts – Political acts – Discretionary acts – Acts of grace.

