

A FISCALIZACIÓN XUDICIAL DO OUTORGAMENTO DE INDULTO (SENTENCIA DO TRIBUNAL SUPREMO DO 11 DE DECEMBRO DE 2002, SALA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 6ª; RELATOR EXMO. SR. D. ENRIQUE LECUMBERRI MARTÍ)

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo
da Universidade de Santiago de Compostela

1. Unha das máis típicas prerrogativas rexias é, sen dúbida, o dereito de gracia, recollido na alínea i) do artigo 62 CE e regulado aínda na projecta Lei do 18 de xuño de 1870 («reglas para o exercicio da Gracia de Indulto»), se ben modificada pola Lei 1/1988, do 14 de xaneiro.

Este precepto da Constitución non suscitou a penas debate na discusión parlamentaria do texto fundamental en ningunha das súas alíneas, tampouco no que agora nos ocupa, a pesar da súa importancia para a adecuada integración da Coroa na armazón institucional do Estado. Sen embargo, esta falta de debate non quere dicir que o exercicio da prerrogativa de gracia deixe de presentar actualmente problemas, sobre todo desde a perspectiva do principio de igualdade e desde o punto de vista do control dos actos do Estado, entidades ambas cardinais no espírito e na letra constitucional. Os problemas son tanto doutriniais coma prácticos.

En efecto, destacados penalistas e administrativistas criticaron acerbamente tanto a persistencia no noso sistema dos actos de gracia como a súa actual regulación, xaxún de elementais controis do seu exercicio que esixe o sistema democrático. Non faltan desde logo defensores do indulto, incluso do particularizado (único vixente, pois no noso dereito están prohibidos os indultos xerais), en razón de moralizantes argumentos, como a necesidade da piedade para a convivencia social, ou en razón

da súa presumible utilidade para a recuperación social do penado antes de extingui-la súa condena. Tamén en razón da necesidade de emendar posibles erros xudiciais ou de atender a «nobres consideracións de conveniencia política» (Cáceres Crosa). Pero son máis abundantes as críticas, sobre todo cando se trata de indultos condicionados por razóns de «utilidade pública» (terminoloxía da Lei de 1870), que resultan moi evocadoras da «razón política», sempre de moi difícil control.

Ante todo, no noso sistema o indulto aparece na Constitución como un acto persoal do Xefe do Estado, non como un acto de goberno. E, sen embargo, dada a súa irresponsabilidade proclamada, acórdase en realidade polo Goberno, mediante decreto, converténdose na práctica e en boa medida nunha función gobernamental, desligada da vontade do rei, o que non deixa de presentar problemas. En realidade, o fenómeno é común a outros sistemas europeos. En Inglaterra, por exemplo, a «prerogative of mercy» é tamén un poder discrecional da Coroa, pero na práctica o que a exerce é o «Home Secretary», que é o ministro encargado de referenda-lo «sign manual barrant» mediante o que se outorga o indulto. Na nosa Constitución de 1931, en cambio, atribuíaselle a concesión dos indultos individuais ó Tribunal Supremo, a proposta do sentenciador, do fiscal, da Xunta de prisións ou a instancia de parte. Só o indulto dos delitos de extrema gravidade, que comportaban a imposición da pena de morte, lle quedaba reservado ó Xefe do Estado.

A aparencia constitucional de que estamos ante unha verdadeira prerrogativa rexia exercida polo monarca á súa vontade agudizou as críticas ó seu texto. Considera, por exemplo, Gimbernat que o outorgamento dos indultos debería basearse en razóns de política criminal e non na vontade subxectiva do Rei, como aparentemente se derivaría da dicción del artigo 62, i) CE. Parada, pola súa parte, tras resaltar que o acto de concesión polo Goberno do indulto non pode ser axuizado ante ningún tribunal, nin sequera a instancia dos prexudicados polo delito, mantén que o dereito de gracia é «un atavismo xurídico que haberá que derrogar ou corrixir ou, polo menos, someter a control xudicial, porque constitúe non só un atentado á independencia xudicial senón tamén ó principio de igualdade e non discriminación e é un sarcasmo para as vítimas».

2. A cuestión encádrase, pois, no *desiderátum*, de que se oufanan moitas das exposicións de motivos das nosas leis, do control de tódolos actos que emanan dos poderes públicos. Da existencia ou inexistencia en suma de actos de «natureza política ou constitucional» exentos de control xudicial na súa esencia ou contido.

É coñecido que desde hai tempo, xa antes da nova Lei xurisdiccional de 1998, boa parte da nosa doutrina veu pregoando de maneira volunta-

rista a desaparición da nosa orde xurídica dos chamados actos políticos. Non se dubida da boa intención e incluso virtualidade conformadora de tales asertos. Pero o certo é que a realidade xurídica seguiu mostrando outra cousa: que calquera pode encontrarse facilmente co chamado «in-encontrable» acto de goberno, con que é obvia a persistencia de actos ou actividades inmunes ó control xudicial de fondo, moitas veces consagrados por leis que se empeñan en baleirar de contido a tendencia á ampliación do seu ámbito insita nas sucesivas regulacións xerais do noso contencioso administrativo. O que, ademais, non deixa de ser unha tendencia, por máis que sexa saudable, xa que a vixente Lei xurisdiccional de 1998 no terminou con tales fantasmas, que seguen presentes no noso dereito. O sistema implantado, como é ben sabido, aséntase nun criterio «equilibrado»: a atribución á xurisdicción contencioso administrativa destes actos (que non se vén liberados da súa «especial» natureza non administrativa), pero só para protexe-los dereitos fundamentais que puideran ser vulnerados, para controla-los elementos regrados e para fixa-las indemnizacións que resulten procedentes. Un control xudicial, pois, moi limitado, que non pode entrar no «núcleo duro» da liberdade decisoria, coa conseguinte exención do control.

A xurisprudencia ten tamén formulado doutrina abundante acerca da diferenciación entre acto administrativo e acto político e a non suxeición deste último ó control xudicial, aínda que é ben certo que tal distinción veu sendo «minorada», como demostran as coñecidas sentencias de 1997 sobre a decisión do Goberno de non desclasificar determinados documentos declarados secretos. Unha tendencia que se agudiza trala nova Lei da xurisdicción contencioso administrativa (co seu artigo 2 a), como pode verse, por exemplo, nas sentencias do Tribunal Supremo do 9 de outubro de 2000 e 13 de decembro de 2001 (AZ., respectivamente, 8242 e 3460, de 2002 esta última).

3. Nesta orde de exencións, os supostos de indulto (igual que, por exemplo, as medidas tomadas pola Administración para «xestionar», sen proceso, as penas e operar para a reinserción social) resultan especialmente rechamantes e, por qué non dicilo, socialmente conflictivos. Na mente de todos está o caso dos indultos de xuíces separados da carreira, acordados sen petición previa do condenado e con pretendidos efectos da súa reincorporación a esta, que non deixaron de causar alarma social, pola presunta politización da decisión governamental e a súa imposibilidade de control.

¿Resulta razoable e, sobre todo, coherente cos principios constitucionais de igualdade e non discriminación o mantemento desta figura?, ¿achega algunha utilidade nos sistemas penitenciarios progresivos, con

liberdade condicional, redención de penas polo traballo, etc.?, e sobre todo, de manterse, ¿resulta xuridicamente correcto e desexable impedir todo control xudicial sobre o fondo do outorgamento de indulto? ¿Cal é o estado da nosa xurisprudencia ó respecto?

4. Unha recente sentenza do Tribunal Supremo (11 de decembro de 2002, AZ. 372, de 2003) bota algunha luz ó respecto. Os feitos circunscribíense en síntese ó seguinte. Un socio dunha entidade mercantil dedicada á construción foi condenado pola correspondente Audiencia Provincial, por un delito de estafa, á pena de 6 anos e un día (Sentencia do 19 de abril de 1996). El recorreu esta sentenza, en casación ante o Tribunal Supremo, este declarou non haber lugar a tal recurso, pero dada a concorrencia de dilacións indebidas (o xuízo oral tivo lugar dez anos despois da iniciación do procedemento) propuxo o indulto parcial do recorrente ata deixa-la súa pena reducida a un ano de privación de liberdade (STS 17 de marzo de 1998).

Sobre esta base, pero sen seguir estrictamente o seu dictado, o Real decreto 2677/2000, do 1 de decembro, indultou o condenado «á metade da pena privativa de liberdade pendente de cumprimento», un tempo superior ó dun ano que fixara o Tribunal Supremo na súa sentenza de 1998. Desconforme con isto, o condenado formulou oposición fronte tal Real decreto, ante o Tribunal Supremo, pedindo a súa anulación «por ter transgredido os límites aplicables para a súa concesión en atención ós termos en que foi proposto pola Sala segunda do Tribunal Supremo ou, subsidiariamente, se anule por falta de motivación, con retroacción do actuado a fin de que se razoe debidamente a adopción da decisión impugnada e solicitando, nun e outro suposto, unha indemnización polos danos morais que polo seu ingreso en prisión se lle causaron».

A sentenza recaída, se ben non é moi extensa nas súas argumentacións, trata as cuestións máis importantes que suscita este preito, sobre todo en punto ós aspectos de control, os que aquí máis interesan.

a) Ante todo, o Tribunal Supremo acolle a causa de inadmisibilidade, aducida pola avogacía do Estado, do artigo 69 c) da LXCA («actos non susceptibles de impugnación»; artigos 1 e 25), no sentido de que «a natureza xurídica do indulto exclúe o control xurisdiccional en canto que o dereito de gracia se lle reserva ó rei co só límite da prohibición de indultos xerais, segundo prescribe o artigo 62 i) da Constitución». Xa se ve, pois, que non entra en ningunha consideración sobre quen na práctica exerce no noso dereito o dereito de gracia.

b) Matizando un tanto as expresións (exclusión total do control xurisdiccional) afirma que «certamente, a concesión do indulto constitúe unha consecuencia da prerrogativa real de gracia, de sorte que a súa concesión ou denegación se conforma como un acto non suxeito ó dereito administrativo e conseguintemente a súa revisión recae fóra do ámbito da nosa xurisdicción, excepto no puramente procedemental de cumprimento dos trámites establecidos para a súa adopción, que poden ser fiscalizados no seu aspecto meramente administrativo.

Dito isto, e constatado que tales vulneracións da debida tramitación non concorrían no suposto, o Tribunal ben podería ter concluído a súa sentenza. Sen embargo, faise un esforzo argumentativo que parece inspirado por unha «certa mala conciencia» pola aceptación acrítica da subsistencia de actos de natureza política e inmunes, como tales, ó control xudicial, a pesar dos novos criterios do artigo 2 da vixente lei xurisdiccional.

Como se dixo, se asume aquí a regra tradicional de limitación do control estritamente ó procedemento de adopción, deixando exento o núcleo por completo discrecional e incontrolable da decisión. O Supremo apoia o seu criterio no sustentado polo Tribunal de Conflictos de Xurisdicción en diversas sentencias (cita a do 13 de xuño de 2001), que manifestan a posibilidade de efectuar un certo control, por vía xurisdiccional, dos indultos outorgados polo Goberno, pero cinxido exclusivamente ó principio de legalidade, sen que se poida estender á «motivación discrecional, prerrogativa rexia, que constitúe a esencia do perdón». Ancórase así na posición máis inflexible respecto do control da discrecionalidade (como vén facendo de forma reiterada tamén noutros ámbitos, como por exemplo a chamada «discrecionalidade técnica»), fuxindo incluso con especial coidado de aludir ó control con base nos «elementos regrados» (artigo 2-a da LXCA), como revela a súa innecesariamente repetida afirmación de que o indulto non é, *stricto sensu*, un acto administrativo «nin menos un acto cuasi-regrado como pretende o recorrente». Entendo que, polo menos, deberían terse presentes aquí as consideracións contidas nos autos do Tribunal Supremo do 18 de xaneiro e 27 de abril de 1993, en recursos interpostos contra o Decreto 364/1992, do 10 de abril, sobre nomeamento de fiscal xeral do Estado. O requisito de que o elixido para o cargo deba ter «máis de quince anos de exercicio efectivo da súa profesión» (de xurista) «é verificable en termos xurídicos e non debe subtraerse ó control dos tribunais, polo que o recurso é admisible...» E, na mesma liña, considera-las afirmacións da Sentencia do 22 de xaneiro de 1993 (entre outras moitas) que, tras admiti-la existencia de actos dos máximos órganos constitucionais que teñen así mesmo «un máximo contido político» e que polo tanto non son controlables respecto ó fondo da decisión en sede xurisdiccional, manifesta que «en

canto os ditos actos conteñan elementos regrados establecidos polo Ordenamento xurídico, estes elementos si son susceptibles de control xurisdiccional». ¿Ha de operar como elemento regrado da decisión goberamental a predeterminación normativa do contido temporal do indulto efectuada por sentenza firme? Disto falarase máis adiante.

c) O Tribunal Supremo extrema ademais o carácter incontrolable destes actos ó negar de forma tallante a necesidade da súa motivación. Isto é coherente coa súa non referencia ós elementos regrados como medio de control e tamén coa súa negativa a entrar en materia da indemnización pedida polo recorrente, con esquezo das prescricións do xa citado artigo 2 a) da Lei xurisdiccional. Para estes efectos, argumenta que a Lei 30/1992 «non establece a motivación como requisito xeral de todo acto administrativo, pois só os actos que se enumeran no artigo 54.1 deben ser motivados», aínda que engade –no que parece unha contradicción– que «se ben, dada a extensión dos supostos contemplados no citado precepto, podemos afirmar que a motivación constitúe a regra xeral». E, a maior abundamento: «agora ben, con isto non queremos dicir que *de lege ferenda* fose conveniente que estes actos contiveran unha especificación sucinta das razóns sobre as que se fundamentan, a fin de determinar con maior certeza e exactitude o coñecemento da vontade manifestada e permiti-lo seu control xeral, máxime cando na resolución do Comité de Ministros do Consello de Europa do 27 de setembro de 1977 se recomenda que na lexislación dos países europeos se recolla o principio de que cando un acto é susceptible de afecta-los dereitos, liberdades ou intereses, o administrado deberá ser informado dos motivos sobre os que se funda...»

Resulta certamente difícil discrepar destas afirmacións. Pero, na mesma medida, resulta tamén difícil de entender que isto non levara ó Tribunal a unha esixencia de motivación suficiente da decisión adoptada polo Goberno (que –non se esqueza– se afasta do proposto polo propio Tribunal Supremo na súa sentenza), xa que isto tería posibilitado o control do feito en base a elementos que poden reputarse de regrados. Debe observarse que, neste suposto, non é o condenado o que solicita o indulto, senón que son os propios xuíces os que na súa sentenza o propoñen en razón do seguinte argumento: concorreu un «retardo inexplicable» na tramitación de proceso; as dilacións indebidas supoñen un vicio de carácter constitucional, «unha práctica denegación da tutela xudicial efectiva»; en consecuencia, atopámonos ante «unha vulneración dun dereito fundamental cunha reprensión sobre o afectado que ten que plasmarse ou nunha diminución da medida da culpabilidade ou nunha redución da pena por vía do exercicio do dereito de gracia», e os xuíces non só propoñen o indulto, senón que na súa sentenza, inmodificada

en todo o demais, o taxan expresamente nos seus termos temporais: unha pena dun ano de privación de liberdade e non outra cousa. E non outra cousa, porque tal redución é a que entenden xusta para compensar ou estaña-la vulneración do dereito fundamental do afectado. Outra vez, pois, o artigo 2 a) da LXCA como fundamento do control do acto gubernamental. ¿Pode o Goberno afastarse desta determinación xudicial? ¿Constitúe esta un elemento regrado do acto e, polo tanto, controlable?, ¿que razón xurídica existe para defende-la innecesiedade de motivación da alteración polo Goberno do dictado xudicial?, ¿por que nesta sentenza o Tribunal non obriga ó Executivo a actuar na marxe que o órgano xudicial indicara nunha sentenza anterior?

É certo, e así se destaca polo Tribunal Supremo, que «non existe ningunha norma que obrigue ó Executivo a modifica-las decisións que adopte á hora de conceder total ou parcialmente ou denegar unha petición de indulto que lle fora elevada, sexa por un particular, institución ou outro Poder do Estado». En realidade, tal obriga pode vir dada, sen necesidade de norma expresa, por principios xerais. Pero ademais esta presunta non vinculatoriedade ¿produciríase igualmente cando, como no caso, unha sentenza firme anula a primitiva e, en razón da defensa e restauración dun dereito fundamental do recorrente, inclúe na súa resolución a proposta de indulto parcial taxado no seu alcance? Non acabo de encontrar razóns sólidas que avalen a libérrima soltura decisional do Goberno neste suposto.

5. Obsérvese que non estamos aquí ante un suposto de indulto que puideramos chamar «puro», instado directamente das instancias competentes polo condenado en sentenza firme, senón dun indulto proposto e configurado pola autoridade xudicial na súa sentenza. Se no primeiro caso o indulto se inseriría de maneira inequívoca na facultade puramente graciable do órgano decisorio (a vontade sobre o perdón), sen que a decisión veña condicionada por elementos regrados que non sexan os meros requisitos de procedibilidade (que o indulto se solicitase, por exemplo), no segundo suposto en cambio as cousas teñen un perfil diferente.

É frecuente, en efecto, na nosa xurisprudencia que os tribunais penais se encontren con rixideces do sistema punitivo que dificulten a imposición dunha pena xusta. Non é raro que o Tribunal considere que existe desproporción entre a real gravidade dos feitos axuizados e a pena legalmente prevista para eles, dada a «menor entidade do inxusto». Nestes casos non pode o xulgador acudir á aplicación dunha atenuante analóxica (STS do 18 de xullo de 2002), pero si acollerse á previsión do artigo 4.3 do Código penal, dirixindo de oficio ó Goberno, solicitude de exercicio do dereito de gracia para o condenado, que reduza a pena aplicable, dimen-

sionándoa ó que se entenda de xustiza. Outras veces, o Tribunal non aprecia a concorrencia dunha atenuante analóxica cualificada, pero si, como no caso que nos ocupa, a existencia dunhas dilacións indebidas que chegan a vulnera-lo dereito de tutela xudicial efectiva, que debe ser estañado, acudindo así mesmo á proposición do indulto total ou parcial. Pois ben, nestes supostos o indulto non é puro, arbitrado sobre a base do simple perdón e sen outros condicionantes, senón posto en marcha polos mesmos xuíces: sen indulto non hai sentenza xusta, actuando a dimensión do tempo de pena condonado como un elemento regrado, que o titular da facultade de gracia non debería, en xustiza, alterar. E, en consecuencia, a decisión governamental debería poder ser fiscalizada nestes extremos polos xuíces. Se a inmunidade do poder non agrada nos supostos de indulto do primeiro grupo, repugna abertamente nos do segundo. 