



Roj: **STS 3038/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3038**

Id Cendoj: **28079130052022100134**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **18/07/2022**

Nº de Recurso: **416/2021**

Nº de Resolución: **1026/2022**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Quinta**

#### **Sentencia núm. 1.026/2022**

Fecha de sentencia: 18/07/2022

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 416/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 416/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Quinta**

#### **Sentencia núm. 1026/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Octavio Juan Herrero Pina, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D.<sup>a</sup> Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García



En Madrid, a 18 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 416/2021 interpuesto por D. Joaquín , representado por la procuradora doña Paula Aranda López, bajo la dirección letrada de don Enrique Fabián Zambrano Cañizares contra el Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre, por el que se concedió indulto a doña Filomena . Han comparecido como partes codemandadas D.ª Filomena , representada por la procuradora doña María Isabel Bermudez Iglesias y defendida por el letrado D. Juan de Dios Ramírez Sarrión; la Asociación de Mujeres Juristas Themis, representada por la procuradora doña Eugenia Pato Sanz, bajo la dirección letrada de doña Concepción Freire San José; la Administración del Estado, representada por la Sra. Abogada del Estado doña Marta García de la Calzada y el Ministerio Fiscal, representado y defendido por don Ricardo González Cerrón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de don Joaquín se interpuso recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre, publicado en el Boletín Oficial del Estado 275 de 17 de noviembre de 2021, tramitado en el expediente de indulto TS 18/21 a instancias del Ministerio de Justicia, por el que se concedió indulto a doña Filomena , el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso a disposición de la procuradora Sra. Aranda López, para que, en la representación que ostenta, formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito presentado el 2 de febrero de 2022 en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala: <<Que se admita este escrito junto con sus copias, se tenga por interpuesto en tiempo y forma Recurso Contencioso Administrativo contra la resolución impugnada en el cuerpo de este escrito y previa la tramitación legal en única instancia, se dicte Sentencia por la cual Se revoque en estimación de la presente demanda el REAL DECRETO 1024/2021 de 16 de noviembre de 2021, publicado en el Boletín Oficial del Estado 275 a 17 de noviembre de 2021. Subsidiariamente, se declare nulo el REAL DECRETO 1024/2021 de 16 de noviembre de 2021, publicado en el Boletín Oficial del Estado 275 a 17 de noviembre de 2021. Subsidiariamente, se declare se revoque lo expresamente expuesto en el REAL DECRETO 1024/2021 de 16 de noviembre de 2021, publicado en el Boletín Oficial del Estado 275 a 17 de noviembre de 2021, respecto de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos que se conmuta por la pena de ciento ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, a condición de que no cometa el mismo delito por el que fue condenada en el plazo de cuatro años desde la publicación del real decreto. Subsidiariamente, se declare la nulidad de lo expresamente expuesto en el REAL DECRETO 1024/2021 de 16 de noviembre de 2021, publicado en el Boletín Oficial del Estado 275 a 17 de noviembre de 2021, respecto de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos que se conmuta por la pena de ciento ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, a condición de que no cometa el mismo delito por el que fue condenada en el plazo de cuatro años desde la publicación del real decreto. En cualquier caso, con expresa imposición de costas judiciales a la parte demandada.>>

**SEGUNDO.-** Dado traslado del escrito de demanda a los demandados, por la Abogacía del Estado se presentó escrito de contestación a la demanda el 14 de marzo de 2022, suplicando a la Sala la desestimación del recurso con los demás pronunciamientos legales.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de contestación a la demanda el 13 de abril de 2022, que, con fundamento en las consideraciones expuestas, solicitó a la Sala: <<que, previos los trámites debidos, se dicte sentencia declarando la DESESTIMACIÓN del recurso interpuesto, con imposición a la parte demandante -de conformidad con el art. 139 LRJCA- de las costas procesales causadas.>>

Por la representación de la Asociación de Mujeres Juristas Themis, se presentó escrito de contestación a la demanda el 18 de abril de 2022, en el que termina suplicando a la Sala: <<que tenga por contestada la demanda y, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que se desestime la pretensión del recurrente, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho y con imposición de costas a aquel.>>

Por la representación procesal de doña Filomena , se presentó escrito de contestación a la demanda el 19 de abril de 2022, suplicando a la Sala: <<que admita el presente escrito de contestación de la demanda con la documental aportada con el mismo, y tras los trámites correspondientes, dicte sentencia con la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto por D. Joaquín contra el Real Decreto 1024/2021, de 16 de Noviembre y confirmando el indulto concedido a DOÑA Filomena , con imposición de costas procesales al demandante.>>



**TERCERO.-** Por providencia de 6 de mayo de 2022 la Sala acordó: <<Dada cuenta. Visto lo solicitado por la parte recurrente en el otrosí de su escrito de demanda y por la recurrida Dña. Filomena en el primer otrosí de su escrito de contestación, se admiten los documentos aportados por ambas partes.

Y no habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento del pleito a prueba y habiendo manifestado la parte recurrente en su escrito de demanda y el Ministerio Fiscal en su escrito de contestación que no entienden necesarios los tramites de vista o conclusiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, se declaran conclusas las presentes actuaciones y quedan pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.>>

**CUARTO.-** Por providencia de 7 de junio de 2022 se señaló para votación y fallo la audiencia del día 12 de julio de 2022, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Objeto del recurso.

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo 416/2021, por la representación procesal de Don Joaquín, contra el Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre, publicado en el BOE número 275 de 17 del mismo mes y año por el que se ordena "conmutar a doña Filomena la pena privativa de libertad impuesta por otra de un año y tres meses de prisión, y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos por la pena de ciento ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, a condición de que no cometa el mismo delito por el que fue condenada en el plazo de cuatro años desde la publicación del real decreto."

Se suplica en la demanda, con carácter principal, que se declare la nulidad del Real Decreto y, de manera subsidiaria, que se declare la nulidad de la conmutación de la pena de inhabilitación por la de trabajos en beneficio de la comunidad, como se ordena en el Real Decreto.

A los efectos de un mejor examen del debate suscitado en el proceso resulta procedente dejar constancia de las actuaciones de las que trae causa el mencionado Real Decreto que se impugna, a tenor de lo que resulta del proceso y su expediente.

La persona indultada en el RD impugnado, Doña Filomena, había sido condenada por sentencia de la Sala II, de lo Penal, de este Tribunal Supremo 339/2021, de 23 de abril, dictada en el recurso de casación por infracción de ley 1665/2019, interpuesto por la mencionada condenada, contra la sentencia 98/2019, de 7 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 257/2018, de 18 de julio, por el Juzgado de lo Penal número 1 de los de Granada, dictada en el procedimiento abreviado 71/2018.

La sentencia del Juzgado condenó a la indultada, por dos delitos de sustracción de menores, a la pena de dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos, con accesorias de privación del derecho de sufragio pasivo, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años de sus hijos y a la indemnización al recurrente en 30.000 €.

Interpuesto recurso de apelación contra la mencionada sentencia se estima parcialmente el recurso y se anula la sentencia del Juzgado en el concreto extremo de la cuantía de la indemnización fijada, que se reduce a la cantidad de 12.000 €.

En la sentencia de casación, la Sala Segunda de este Tribunal Supremo anula la sentencia de la Audiencia Provincial y declara que procedía condenar a la beneficiaria del indulto por un solo delito de sustracción de menores, con la pena de dos años y seis meses de prisión, "con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante seis años de sus hijos...", manteniéndose la misma cuantía de la indemnización.

En cuanto a la tramitación del procedimiento de indulto, a tenor de lo que resulta del expediente (propuesta de resolución), una vez solicitado, entre otros, por la misma interesada el indulto total de las penas impuestas, se procedió a recabar, conforme a las prescripciones legales, el informe del Tribunal sentenciador el cual, a su vez y dado que la indultada no se encontraba internada en un Centro Penitenciario, se interesó informe de la Subdelegación del Gobierno de Granada que, a su vez, lo recaba de la Unidad contra la Violencia sobre la Mujer de la Guardia Civil; habiéndose dado audiencia al Ministerio Fiscal y al ahora recurrente, en su condición de perjudicado por el delito penado.



En dicho trámite de informes, tanto el Tribunal Supremo, como el órgano sentenciador, como el Ministerio Fiscal, informaron desfavorablemente la concesión del indulto total, si bien, por lo que se refiere a la Sala sentenciadora, se produce una divergencia, con igualdad de votos de los magistrados que formaron Sala, sobre la concesión del indulto parcial, existiendo igualdad de votos en favor y en contra de la concesión del indulto parcial; sin que el propio Tribunal considerase que, dada la naturaleza del informe, no debería tener calidad de voto dirimente el emitido por su Presidente ni era procedente el incidente procesal de discordia. También el Ministerio Fiscal se muestra contrario a la concesión del indulto total pero no al parcial.

En el referido informe emitido por la Unidad contra la Violencia sobre la Mujer de la Guardia Civil se hacen constar las condiciones económicas, personales y laborales de la Sra. Filomena y la existencia de dos denuncias contra el padre de sus hijos, que fueron archivadas.

El ahora recurrente, perjudicado por el delito penado, se muestra contrario a la concesión del indulto, tanto total como parcial.

En la justificación de la propuesta, que es la finalmente acogida en el Real Decreto que se revisa, se opta por el indulto parcial, dado que había unanimidad de la Sala sentenciadora a la denegación de concesión del indulto total y, en relación con el parcial, solo eran favorables la mitad de los magistrados y el Ministerio Fiscal. Por otra parte, se considera que por el grado de cumplimiento y la situación penitenciaria de la Sra. Filomena comporta que *"la rebaja de la pena privativa de libertad pueda considerarse secundaria respecto de la necesidad de remitir la de inhabilitación... el principal objetivo perseguido por la solicitante de la medida de gracia... evitar el efecto que produciría en la determinación del régimen de guardia y custodia de sus hijos..."*

Conforme a los mencionados criterios, se opta por la concesión parcial del indulto, rebajando la pena privativa de libertad *"a la mitad"* así como *"conmutar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por otra de trabajos en beneficio de la comunidad... Es decir, dejar la condena en: Pena de un año y tres meses de prisión y ciento ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad"*. Con ello, se razona, esa condena conmutada es *"la más ponderada, ya que supone una rebaja sustancial de la pena privativa de libertad acompañada de la sustitución de la inhabilitación por otra de trabajos en beneficio de la comunidad, opción que se prevé en el artículo 13 de la Ley del Indulto, se estaría dando solución al problema que representa la inhabilitación de cara al establecimiento de un régimen más flexible de guardia y custodia, incurrir al perdón total de la pena, que pasa a cumplirse mediante otra de la misma escala no susceptible de afectar al régimen de custodia o visita."*

Como medidas de seguridad para garantizar la efectividad de las penas impuestas en sustitución, se impone como condición para dicha concesión del indulto que *"su no cumplimiento por la condenada provocará la revocación de su concesión por falta de la debida observancia..."* Entre dichas condiciones se imponen la de que *"su beneficiaria no cometa nuevas conductas delictivas relativas a los derechos y deberes familiares... el plazo de condicionalidad se puede ajustar al previsto inicialmente para la pena privativa de libertad, es decir, dos años y medio, o a la pena de inhabilitación, seis... Como opción intermedia y más recomendable en términos de proporcionalidad, cabría establecer cuatro años de condicionalidad..."*

Especial mención merece el apartado incluido en la propuesta sobre las "razones para el indulto de Filomena", en el que se hace referencia a su motivación con los siguientes argumentos:

*"El carácter excesivo o desproporcionado de la pena impuesta... la valoración que se hace sobre el carácter excesivo o desproporcionado de la pena de prisión atiende a criterios que trascienden la legalidad penal en que se fundamentó la condena. Es una valoración basada en razones de justicia o equidad y que se centra en el concepto de indulgencia para moderar la sanción penal más allá de lo que correspondería con la estricta aplicación de la ley. Es la idea a que apela el propio Código Penal, en su artículo 4, cuando habilita a los jueces y tribunales a valorar si la aplicación rigurosa de la ley conduce a la imposición de una pena que resulta notablemente excesiva en atención al mal causado y las circunstancias personales del reo... las razones que motivan la concesión del indulto por este motivo deben atender al mal causado y a las circunstancias personales del reo. En este caso, son sobre todo las particulares circunstancias en las que se encuentra la señora Filomena y sus hijos las que permiten llegar a la conclusión de que, teniendo en cuenta el mal causado con la retención de los menores, las penas impuestas generan un sufrimiento excesivo. Estas razones personales, familiares y sociales, son precisamente las que esgrime el Ministerio Fiscal en su informe para recomendar la concesión de un indulto parcial."*

"Uno de los aspectos más determinantes a la hora de valorar estas razones es la situación de angustia y tensión experimentada por los hijos..., que se refleja a su vez en la propia solicitante, tal y como acreditan varios especialistas médicos y reconoce el Tribunal en el informe que emite como órgano sentenciador... la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad está teniendo y puede seguir teniendo de

manera irreparable en los hijos de la solicitante, se opta por remitir parcialmente la pena de prisión y conmutar la pena de inhabilitación especial por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad."

Se concluye que "los fines retributivos y preventivos de la pena impuesta no resultan particularmente afectados con esta medida de gracia. Por una parte, porque la medida se toma en atención a una situación personal y familiar muy concreta y excepcional, caracterizada por el temor con el que la solicitante afronta la posibilidad de ser separada de sus hijos. Por otra parte, por el buen comportamiento mostrado por la solicitante desde el momento de producirse la condena, no solo satisfaciendo la responsabilidad civil, sino también cumpliendo escrupulosamente las medidas civiles adoptadas en relación con los menores. Esta conducta revela una renuncia a las vías ilegales para la consecución de su propósito de obtener la guarda y custodia de sus hijos, tal y como constatan los informes tanto del Ministerio Fiscal como del Tribunal Supremo."

Conforme a la mencionada propuesta y atendiendo a los presupuestos y circunstancias de la solicitante del indulto, así como a los fundamentos jurídicos contenidos en la misma, se aprueba el mencionado Real Decreto con el contenido ya conocido.

### **SEGUNDO. Fundamentos de la impugnación y oposición a los mismos.**

A la vista de la aprobación y fundamentación del Real Decreto de indulto, se aduce en la demanda en contra de su legalidad, con carácter previo, lo que se denomina "*singularidad y excepcionalidad*" en su concesión, con fundamento en la urgencia en su tramitación y vulneración de las exigencias formales y legales, de donde se concluye en una arbitrariedad en la decisión adoptada y arrogación de competencias del Poder Judicial por el Consejo de Ministros.

Sobre esos presupuestos se relatan las circunstancias que concurrían en la relación existente entre el recurrente y la indultada con sus hijos y las circunstancias que generaron los hechos que sirvieron de fundamento a la condena impuesta. En ese sentido se traen al debate los argumentos que se hacen en el informe emitido por la Sala del Tribunal Supremo en su sentencia que devino firme.

Con relación a los trámites que se consideran vulnerados, se reprocha que, pese a considerarse en la tramitación del procedimiento, que la recurrente se encontraba cumpliendo prisión, no consta el informe del Director del Centro Penitenciario. Así mismo, que en ninguno de los informes consta el arrepentimiento de la indultada ni la incidencia de los perjuicios a terceros puede ocasionar la concesión de la medida de gracia.

Tomando en consideración las anteriores circunstancias se aduce que la concesión del indulto comporta la vulneración del artículo 47 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al omitirse las exigencias que se imponen en los artículos 24 y 25 de la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo Reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto (en adelante LI).

El segundo de los fundamentos de la impugnación reprocha al Real Decreto de indulto incurrir en causa de nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.2º de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por vulneración de los artículos 9-3º; 10-1º y 103 de la Constitución.

Como tercer argumento en contra de la legalidad de la decisión del Consejo de Ministro que se revisa, se aduce que se vulnera el ya mencionado artículo 47-2º de la ya citada Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con los ya también mencionados preceptos de la Constitución y los artículos 15 y 25 de la LI.

Han comparecido para oponerse a la pretensión el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado, la misma indultada y la "Asociación de Mujeres Juristas Themis", solicitando todos ellos que se desestime el recurso y se confirme el Real Decreto impugnado.

### **TERCERO. Irregularidades en la tramitación del indulto.**

Como ya dijimos, el primero de los argumentos que se aduce en la demanda en contra de la legalidad del RD impugnado está referido a motivos formales, en cuanto se denuncia que en el procedimiento se han omitido los trámites a que se hace referencia en los artículos 24 y 25 de la LI, que son los que se invocan como infringidos, estimando que ya la misma jurisprudencia de esta Sala considera la vulneración de los mencionados preceptos como causa de nulidad del indulto, como se declaró en la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo 1271/2021, dictada en el recurso 365/2020 (ECLI:ES:TS:).

Concretamente se aduce que ya en la tramitación del procedimiento se interesó que el Tribunal sentenciador se recabara informe sobre las muestras de arrepentimiento; así como la información sobre la situación penitenciaria o personal, debiendo informar el director del Centro Penitenciario. No obstante lo anterior y constando en el procedimiento que la solicitante del indulto estaba privada de libertad, dado que el



procedimiento se solicitó días después de solicitar el indulto, el informe del director del Centro Penitenciario era " *no solo preceptivo sino obligado*".

Por otra parte, en el informe emitido por la Subdelegación del Gobierno de Granada no consta referencia alguna al arrepentimiento de la solicitante del indulto y, en el informe mencionado del Tribunal sentenciador no consta si existe perjuicio para tercero, cuestión que, al margen de afectar al aspecto procedimental, afecta a cuestiones materiales.

De todo ello se concluye que esas omisiones en los informes han privado al Consejo de Ministros de la información adecuada a la hora de pronunciarse sobre el indulto. Incluso se aportan informaciones periodísticas que, con relación al informe del Centro Penitenciario, a la indultada le fueron incoados varios procedimientos disciplinarios en el Centro en que se encontraba cumpliendo la pena.

También con relación al arrepentimiento, que se considera acreditado por algunos de los Magistrados que suscriben el informe del Tribunal sentenciador, se aduce que no se deja constancia de la prueba de dicho arrepentimiento.

De todo ello se concluye que concurre la causa de nulidad del artículo 47-1º-e) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En la contestación a la demanda por la Sra. Abogada del Estado se opone a los argumentos de la demanda que, frente a la aducida premura y urgencia en la tramitación del indulto concedido en el Real Decreto impugnado, de los 74 indultos concedidos en la misma sesión del Consejo de Ministros, 41 de ellos habían sido solicitados con posterioridad al solicitado por la aquí indultada.

Por otro lado y como cuestión preliminar, se recuerda que ya la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 20 de noviembre de 2013, dictada en el recurso 13/2013, ha declarado que la concesión de indultos no constituye un típico acto administrativo que se adopta por el Gobierno bajo una concreta potestad administrativa, por lo que se excluye el control de legalidad al amparo de la desviación de poder.

En relación a los concretos vicios de procedimiento que se denuncian en la demanda, resultan improcedentes, habida cuenta de la situación de semilibertad en que se encontraba la solicitante de indulto al momento de emitirse el informe correspondiente, por lo que no se requería que el informe lo fuera del Centro Penitenciario, donde no se encontraba internada, sino en un centro de inserción social, conforme habíamos declarado en la sentencia de 27/2020, dictada en el recurso de casación 155/2019 (ECLI:ES:TS:2020:43).

En todo caso, se sostiene, que la jurisprudencia de esta Sala, de la que se deja cita concreta, declara que las irregularidades formales de que puedan adolecer los informes no pueden comportar la nulidad de la concesión del indulto, dado que la finalidad de los informes es la de facilitar al Consejo de Ministros de los elementos para realizar su pronunciamiento. Y en ese mismo sentido se considera que las deficiencias que se reprochan al informe emitido por el Tribunal sentenciador no pueden comportar la declaración de nulidad de la concesión o no del indulto que se acuerde, conforme se ha declarado por esa misma jurisprudencia.

Por lo que se refiere a la contestación a la demanda que se formula por el Ministerio Fiscal, tras reseñar las actuaciones que constan en el expediente, rechaza, por argumentos muy similares a los aducidos por la Abogacía del Estado, que ni concurren las deficiencias formal que se imputan en la demanda a los informes emitidos ni, en cualquier caso, las eventuales irregularidades tienen naturaleza invalidante.

Por lo que se refiere a la contestación de la indultada a las objeciones aducidas en la demanda, se opone, con carácter previo, que, tras la tramitación del indulto, le ha sido concedida a la indultada el beneficio de suspensión de la pena de prisión que le fue impuesta, sin que el ahora recurrente se haya opuesto de manera expresa a dicha concesión. De otra parte, que el recurrente no se opuso a la tramitación del procedimiento de indulto, realizado, a instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por la Audiencia de Granada, sin que se opusiera que el mencionado Tribunal recabase el informe de la Subdelegación del Gobierno en la forma en que se hizo, no habiéndose interpuesto recurso alguno contra dicha decisión. Se insiste en la jurisprudencia de esta Sala Tercera en relación con los defectos de forma no invalidantes que, en todo caso, comportaría las deficiencias señaladas en la demanda, sin perjuicio de que se consideran, a juicio de la parte, que no son ciertos dichos vicios.

Por parte de la Asociación comparecida como codemandada se insiste en la innecesariedad del informe por parte del Centro Penitenciario, dada la situación de similibertad de la indultada y, en cuanto al informe emitido por la Subdelegación del Gobierno, se considera completo, en cuanto a los datos a que debe referirse la información que se requiere. Se añade que en la relación con los hijos, la indultada no ha tenido incidencia alguna y está integrada social y laboralmente, por lo que no existe motivo para la denegación del indulto. En ese sentido se invoca la doctrina que se fija en la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, en relación



a la protección del superior interés de los menores que se considera debe llevar a la confirmación del indulto concedido.

Para un adecuado tratamiento de las cuestiones que se suscitan en este motivo de impugnación que examinamos, es conveniente tomar como referencia que, para la tramitación del indulto, la Ley de 1870 impone como trámite inicial, tras la solicitud, que se requiera al Tribunal sentenciador para informe (artículo 23). Es el artículo siguiente, el 24, el que dispone que ese mismo Tribunal recabará, a su vez, informe del Jefe del establecimiento o del Subdelegado del Gobierno (en la arcaica terminología de la Ley –aunque reformada en 2015–, "al gobernador de la provincia"), según el solicitante del indulto esté o no cumpliendo condena; tras dicho informe se procederá a dar trámite para informe al Ministerio Fiscal y a la parte ofendida, si existiera.

De conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la LI, tras la evacuación de dichos informes y audiencia, el Tribunal sentenciador deberá emitir su informe, en el que el propio Legislador determina los datos que deben constar, en términos sumamente amplios, porque se ha de hacer referencia a "la edad, estado y profesión del penado, su fortuna si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero".

Es necesario reparar que ya de los propios términos del precepto cabe concluir que la relación de datos a que se hace referencia no tiene carácter exhaustivo, como lo demuestra que ya de entrada se establece que su constancia lo será " *siendo posible*" y, en todo caso, pueden añadirse " *otros datos*".

De esa regulación del informe, debe concluirse que el Legislador lo contempla en un sentido finalista, porque de lo que se trata es de hacer constar las condiciones que concurran en el solicitante del indulto y en el " *esclarecimiento de los hechos*", a los efectos de que el mismo Tribunal sentenciador pueda motivar la auténtica finalidad del informe, que no es otra que la de concluir si, a juicio del Tribunal, concurren los presupuestos de " *justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia*" que el artículo 11 de la Ley acoge como presupuesto esencial de las conclusiones de dicho informe, como después se verá.

Ante esa exigencia que impone el Legislador es lo cierto que existe al respecto una reiterada jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo en relación a su alcance y trascendencia, a la que deberemos hacer referencia, jurisprudencia de la que, por cierto, se hace una prolija reseña en los escritos de contestación de las partes comparecidas como demandadas.

Debe servir como punto de partida la circunstancia de que, por la propia naturaleza de la potestad del derecho de gracia que el Constituyente otorga al Rey, de facto al Gobierno, como después examinaremos, no está sujeta al control propio de los actos administrativos y al procedimiento que se regula para la adopción de tales decisiones de la Administración, pero es lo cierto que, si quiera sea por analogía, le es de aplicación, en lo que fuera necesario, las normas más detalladas previstas en esa regulación, ahora contenida en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Se hace la anterior consideración porque incluso la misma parte demandante, como las demandadas, siguiendo lo declarado por la jurisprudencia, asume dicha conclusión y sin necesidad de mayores argumentos se considera aplicable a las resoluciones sobre concesión o denegación de indultos, las causas de ineficacia que, por la vía de la nulidad de pleno derecho o de mera anulabilidad, se contienen en los artículos 47 y 48 de la mencionada Ley para los actos administrativos.

Sentado lo anterior, este Tribunal ha asumido reiteradamente, sin que se requiera mayores citas que las que ya constan en las alegaciones de las partes, que es aplicable al procedimiento de indulto la doctrina sustancialista que se ha acuñado con carácter general para determinar la ineficacia de los actos administrativos por defectos formales.

En efecto, se parte de la idea que las formas del procedimiento no tienen en nuestro Derecho, como regla general, una finalidad en sí mismas, sino que se justifican, en el concreto ámbito de los poderes públicos, en cuanto, de una parte, son una garantía de acierto en las decisiones de tales instituciones; de otra, una garantía de defensa de los ciudadanos a quienes mediante tales formas se pretende garantizar la protección de sus derechos.

Que ello es así se refleja en las determinaciones de las causas de nulidad y anulabilidad que se contemplan en nuestro Derecho, ya desde la vieja Ley de Procedimiento de 1958; ahora recogidos en los artículos 47 y 48 de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que reserva para la nulidad de pleno derecho los supuestos en que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento,



lo que ha sido reiteradamente interpretado por la jurisprudencia como aquellos supuestos en que existe una omisión absoluta de todo trámite procedimental (artículo 47-1º-e). En otro caso, los defectos de forma afectan a la validez de los actos, por la vía de la anulabilidad, solo cuando se omitan los requisitos formales necesarios para alcanzar su fin o el vicio formal ocasione indefensión de los interesados. Fuera de esos supuestos, los defectos del procedimiento no tienen trascendencia para la plena eficacia de los actos y se consideran como omisiones no invalidantes, sin perjuicio de los efectos que pudieran tener en el ámbito doméstico de la Administración.

Esa es la doctrina que reiteradamente hemos declarado en relación con el procedimiento de indulto, entre la últimas, en la sentencia 609/2022 (ECLI:ES:TS:2022:2001), con abundante cita.

A la vista de las anteriores consideraciones debemos examinar los concretos reproches formales que se hacen en la demanda a la concesión del indulto de autos, que, como ya se ha visto en la reseña de lo aducido en la demanda, están referidos sustancialmente a que en el informe que fue remitido al Gobierno en la tramitación del procedimiento, no se había recabado informe sobre el arrepentimiento de la indultada ni se había solicitado el informe del Director del Centro Penitenciario.

Antes de proceder al examen de los concretos vicios que se denuncian al informe de autos, se impone dejar constancia de las peculiaridades que concurren, en una situación ciertamente compleja y singular que debe tomarse en consideración a la hora del examen que se acomete. Nos referimos al informe de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en su condición de Tribunal sentenciador, es el que estaba encargado de emitir el informe tan relevante a los efectos de la concesión del indulto y, en lo que ahora interesa, tan decisivo a la hora de examinar su control de legalidad que a nosotros nos corresponde.

Como se establece en las prescripciones legales, fue dicha Sala de este Tribunal Supremo el que instruyó el expediente para la concesión del indulto y dicho expediente concluyó con el preceptivo informe, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la LI. Ya se ha hecho referencia a la relevancia de dicho informe, a su contenido y a los efectos que produce. Pero es obligado detenernos en la emisión de dicho informe que obra en el expediente.

En el informe, se acepta de manera unánime por todos los Magistrados de la Sala, la improcedencia del indulto total, como ya había propuesto en su informe previo el Ministerio Fiscal. Sin embargo, en relación con el indulto parcial se produce la peculiar situación de que, en palabras del mismo informe, "La Sala se ha demediado a la hora de debatir las conclusiones finales de este informe. Exactamente, son ocho Magistrado/as favorables al indulto parcial y ocho () Magistrado/as partidarios, de no informar favorablemente el ejercicio de cualquier forma de derecho de gracia." Se suma a esa coincidencia el hecho de que no se consideró aplicable, dada la naturaleza del informe, acudir al incidente procesal de Sala de Discordia de los artículos 163 y 164 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por lo cual el informe fue elevado al Gobierno con esa doble opción.

Pues bien, no podemos caer en la fácil tentación, al examinar la legalidad de la resolución de indulto, de discriminar entre los argumentos a favor de una u otra postura y de las razones en contra de la contraria porque no es nuestra función examinar el contenido de dicho informe y tomar postura de alguna de lo concluido, tan siquiera en la elección de la doble opción propuesta. Incluso ya más arriba hemos aceptado que la mera existencia del informe, en el sentido expuesto, es suficiente frente a las críticas de carácter formal, es importante destacarlo, que se hacen en la demanda, porque ninguna consecuencia se saca del mismo en relación a la regulación sustantiva del indulto, debiendo recordarse que la dialéctica se suscita exclusivamente sobre la procedencia el indulto parcial y, conforme al ámbito de control jurisdiccional que nos compete, determinar la legalidad de la concesión del indulto en cuanto a su aspecto meramente formal.

Por lo que se refiere a la constancia del arrepentimiento, es lo cierto que el referido artículo 25, a los efectos de concluir en su dictamen, el Tribunal sentenciador y para el mejor esclarecimiento de los hechos, aconseja recabar, siendo posible, las pruebas o indicios del arrepentimiento que se hubiese observado. Y sobre esa base, lo que se aduce en la demanda es que en el caso de autos no consta que en el informe emitido se hubiese recabado dichas pruebas, de donde se concluye que concurre la causa de nulidad de pleno derecho por omisión de un trámite esencial.

No podemos compartir dicho argumento, ya de entrada, porque aún en el caso de que existiera esa omisión, que no se considera una opción, deberá examinarse si la misma comporta ese grado de ineficacia pretendida, conforme a lo que hemos declarado anteriormente al examinar la jurisprudencia de este Tribunal que, ya de entrada, no considera el contenido del informe como un listado taxativo, en el sentido de que deban constar todos y cada uno de los "datos" a que se hace referencia.



Pero es que, además de lo señalado, de por sí suficiente para rechazar la petición, es lo cierto que no puede negarse que en el caso de autos se debe tener por cumplimentado el trámite.

En efecto, es importante poner de manifiesto, en contra de lo que parece sostenerse en la demanda, que lo que se requiere no es en realidad un informe sobre el arrepentimiento de la solicitante del indulto, en nuestro caso, sino, como dice el precepto, de "las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado"; exigencia lógica porque el arrepentimiento, conforme a su definición, constituye un acto interno de la persona – "sentir pesar por haber hecho o haber dejado de hacer algo", según el Diccionario–, que comporta una dificultad de valoración y acreditación incompatible con la finalidad que se impone en el precepto examinado. Ni el Legislador decimonónico ni la interpretación que nos imponen los principios constitucionales actuales, serían congruentes con traer al procedimiento una acreditación de que el condenado que solicita el indulto realmente, en su fuero interno, tiene ese "sentir mal" por lo realizado. Solo podrá descubrir ese sentimiento por los actos externos de los que pueda deducirse, que es lo que exige el precepto con las referencias a las pruebas o indicios.

Sentado lo anterior, y sin perjuicio de no desconocer que en el informe que fue recabado al Juzgado (página 645 del PDF), que impuso la primera sentencia condenatoria, se afirma " *la penada no se ha arrepentido*", como una afirmación apodíctica; es lo cierto que en el Informe emitido por la Unidad Contra la Violencia sobre la Mujer de la Guardia Civil, a instancias del Tribunal sentenciador que, a su vez, se había recabado a la Subdelegación del Gobierno; se deja constancia que la condenada había procedido al cumplimiento del régimen de visita y cumplimiento de la responsabilidad civil conforme a lo impuesto en la sentencia. Es decir, dada la naturaleza del delito por el que fue condenada la indultada, haber considerado el Real Decreto de indulto que ese sometimiento espontáneo y puntual debe considerarse suficiente a los efectos de lo que se impone en el precepto, en especial, a los efectos de facilitar la información sobre la concurrencia de las condiciones para la concesión del derecho de gracia. En suma, de lo que se trata es de acreditar, no tanto el acto interno de arrepentimiento, sino de su enmienda en el sentido de subsanar los daños; esto es que existan manifestaciones, pruebas, sobre el rechazo a la vulneración de los bienes jurídicos que se han vulnerado con la comisión del delito, en el caso de autos, el sometimiento al régimen de visitas con los menores y el cumplimiento de la responsabilidad que como reparación, se impuso por la condena penal.

Es cierto, y ningún reparo se hace en la demanda, que en el informe divergente e igualitario del Tribunal sentenciador, se hace referencia al comportamiento de la indultada tras el dictado de la sentencia, pero más que referido al arrepentimiento, en sí mismo, se refiere a la prevención especial a la que se hace extensa referencia en las dos propuestas, siendo de destacar que en el que se propone denegar el indulto parcial se recuerda que resulta intrascendente a los efectos de la referida finalidad de las penas, que " *la mera observancia de las prohibiciones penales o de lo judicialmente resuelto [que no son sino] consecuencia del cumplimiento del deber que a todos los ciudadanos nos vincula, sin que resulte, en sí mismo, demostrativo de un buen resultado de la finalidad de reinserción...*" Ahora bien, como hemos de ver posteriormente, no es admisible, por la propia naturaleza del indulto, el control de esas conclusiones que pudiera aceptar el Gobierno del informe a los efectos de acceder al indulto; solo si la decisión adoptada es lógica conforme a lo que se propone en el expediente y, en el caso de autos, no hay argumento alguno para concluir que en el presente caso se haya adoptado por el Gobierno una decisión arbitraria al estar justificada, con el alcance que ya nos es conocido, en la misma propuesta del Tribunal sentenciador.

Así pues, debe rechazarse la pretendida nulidad del indulto por la omisión procedimental denunciada.

Otro tanto cabe concluir del cuestionado informe que, de conformidad con lo establecido en el artículo 25, se debe emitir " *sobre la conducta del penado [por el] Jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena*". A la vista del reproche que se hace a la tramitación del procedimiento por el actor, es obligado hacer referencia a la relevancia que la jurisprudencia de este Tribunal ha dado al mencionado informe, de la que se es claro exponente la sentencia 68/2022 (ECLI:ES:TS:2022:314), con abundante cita, en la que se declara la nulidad de la resolución denegatoria del indulto precisamente por la omisión, o deficiencia de dicho informe.

Ahora bien, en el presente caso, no se reprocha que no exista ese informe, sino que el emitido es insuficiente y, se razona en la demanda, debe provocar la nulidad de la concesión del indulto; conclusión que está en abierta contradicción con lo que es la jurisprudencia de esta Sala antes expuesta.

Además de lo anterior, si el reproche que se hace es que el informe se emite por el Subdelegado del Gobierno cuando, a juicio del recurrente, debiera ser emitido por el Jefe del Centro Penitenciario, debe recordarse que el artículo 24 exige que debe ser emitido, bien por el Jefe del Centro Penitenciario o por el Gobernador Civil –la Ley, pese a haber sido modificada en 2015 sigue manteniendo esa terminología–, y esa alternativa está en función de si el solicitante de indulto se encuentra o no cumpliendo condena en uno de dichos Centros. Y es lógico que así sea porque si la finalidad del informe es acreditar, en palabras del artículo 25, "su conducta posterior a



la ejecutoria", dicha prueba no puede sino aportarla aquel organismo que tuviera al penado bajo su custodia. Y si ello es así, es lo cierto, como resulta de las actuaciones, que la indultada no se encontraba cumpliendo su condena en un Centro Penitenciario, sino en un Centro de reinserción social; de tal forma que si se hubiese recabado el informe al Centro Penitenciario en el que inicialmente la indultada había ingresado, por pura lógica, dicha autoridad debería haber recabado, a su vez, la información de dicho Centro de reinserción. Y buena prueba de ello es que el mismo Tribunal sentenciador interesó el informe directamente de la Subdelegación del Gobierno.

De lo razonado ha de concluirse en la improcedencia de la pretendida nulidad por defectos formales que se suplica en este motivo de la demanda.

#### **CUARTO. Infracción de los artículos 9.3º; 10-1º y 103 de la CE .**

El segundo de los motivos que se aducen en la demanda en contra de la legalidad del Real Decreto impugnado está referido a una reprochada vulneración de los artículos 9-3º; 10-1º y 103 de la Constitución que comportan, a juicio del recurrente, la nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 47-2º de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y en su planteamiento, está vinculado al motivo tercero en el que, como ya dijimos, se suplica la misma declaración de nulidad por la causa del mencionado artículo 47-2º, ahora en relación con ya mencionados artículos de nuestra Constitución y, además, de los artículos 15 y 25 de la LI.

En el desarrollo del motivo que se hace en relación a la mencionada vulneración de los preceptos invocados, se relaciona con el argumento examinado en el anterior fundamento, en cuanto se aduce que la ausencia o deficiencia de los informes ha impedido que el Consejo de Ministros tenga información suficiente para pronunciarse sobre la concesión del derecho de gracia; cuestión que debe estimarse ya rechazada con lo concluido en el anterior fundamento.

De otra parte, también tomando como punto de partida esa información que se dice parcial y sesgada, se concluye que en la decisión adoptada se incurre en arbitrariedad por carecer de "*la más mínima lógica o racionalidad en esta concreta decisión.*"

Dichas conclusiones se vinculan, en el motivo tercero, al argumento de que esa arbitrariedad hace inadmisibles que el indulto afecte a la pena de privación de la patria potestad, que en el expediente se fundamenta sobre la base de una pretendida salvaguarda de los intereses de los menores que, a juicio de la parte recurrente, no consta acreditada. Y en ese sentido se aduce que, de conformidad con lo establecido en el artículo 170 del Código Civil, solo por decisión de los Tribunales podrá recuperarse la patria potestad y siempre y cuando hubiese cesado la causa que la motivó.

A tales razones se opone por la Sra. Abogada del Estado que la privación de la patria potestad lo fue en aplicación de las previsiones del Código Penal, como una pena más prevista por el Legislador para el delito sancionado. De otra parte, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 9 de la LI, el mismo puede afectar a todo tipo de penas, excluyéndose únicamente la responsabilidad civil y el pago de los gastos del juicio y las costas; por lo cual nada impide que se pueda conceder el indulto parcial en el sentido que se hace en el Real Decreto que se impugna, reduciendo el tiempo de privación de libertad.

También opone el Ministerio Fiscal en su oposición a los argumentos de la demanda, que el referido artículo 170 del Código Civil pueda interpretarse en la forma pretendida por el recurrente, en cuanto se trata de una condena impuesta por los Tribunales penales que, como toda condena, puede ser objeto de indulto parcial; de hecho, en cualquier caso y de conformidad con lo establecido en el artículo 156 del Código Civil el transcurso del plazo de la condena comportaría la recuperación automática por la indultada de su derecho a la patria potestad. Se aduce, en ese mismo sentido, que la concesión del indulto parcial, conforme se razona en el expediente, se justifica en el mejor interés de los menores, por lo que cabe entender que dicha concesión lesiona derechos del recurrente, a los efectos de lo previsto en el artículo 15 de la LI.

Por lo que se refiere a la oposición de la Sra. Filomena aduciendo la existencia de importantes informes y pruebas en relación a la mejora de las condiciones para los menores la recuperación de la patria potestad por la indultada, aduciéndose los derechos que al respecto se confieren tanto por nuestra Constitución como por los Textos Internacionales de Derechos del Niño. De otra parte, se considera que dada la naturaleza del indulto, como parcial, ni son aplicables las limitaciones que se imponen para las penas accesorias en el artículo 6 de la LI.

Para un adecuado tratamiento de las cuestiones que se suscitan en este motivo que examinamos, hemos de tomar como punto de partida que, conforme a la sentencia que devino firme, a la indultada se le condenó "como autora de un delito de sustracción de menores tipificado y sancionado en el artículo 225 bis del Código Penal, a las penas de dos años y seis meses de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio



pasivo durante el tiempo de condena, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante seis años respecto de sus hijos."

De conformidad con el mencionado precepto punitivo --ha sido reformado por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio pero resulta intrascendente para lo que ahora nos ocupa-- se declara, a los efectos que ahora importa, que "[e]l progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años."

Sin necesidad de acudir al relato de hechos probados que constan en las sentencias del Orden Penal, este Tribunal ha de hacer una consideración previa en relación a los efectos del indulto sobre los menores en quien recayó la acción delictiva. Es esa una cuestión que ha generado una compleja e intensa polémica en el procedimiento de indulto. Buen ejemplo de esa polémica son las consideraciones que en relación con el mayor interés de los menores se razona en el informe doble y "demediado" que se emite por la misma Sala de lo Penal en el que, como ya se dijo, el mismo número de magistrados que sostienen ese mejor interés y, por tanto, consideran procedente el indulto parcial; sostienen la posición contraria y en uno y otro caso se hacen argumentos y contraargumentos a la posición contraria. Este Tribunal tiene que hacer abstracción de ese debate y sobre si puede aceptarse, sin contradicción, una posición favorable al interés de los menores, como se sostiene en la demanda; y ello por la manifiesta razón de que no nos corresponde a nosotros, al revisar la resolución sobre el indulto, examinar la legalidad material, como se ha declarado reiteradamente por la jurisprudencia de este Tribunal y sobre lo que después deberemos volver; sino solo el aspecto procedimental e incluso la posible arbitrariedad en la concesión. Ahora bien, lo que si interesa poner de manifiesto es que la opción acogida por el Gobierno para la conexión del indulto con los intereses de los menores, aparece respaldada por parte del Tribunal sentenciador, el Ministerio Fiscal e incluso en los plurales informes que se han aportado, que ciertamente no están sometidos al principio de contradicción, como se aduce en el informe por los magistrados que sostienen la posición contraria, pero es lo cierto que ningún informe obra en contra.

Ahora bien, si hay algo que resulta patente en esas actuaciones durante la tramitación del procedimiento es que existe una compleja polémica entre ambos progenitores sobre la patria potestad de los hijos, patria potestad que sí se ha visto afectada por la sentencia penal en cuanto se privó a la indultada de su ejercicio. Y en lógica congruencia, con el indulto, dicha privación se ha extinguido, habiendo sido sustituida dicha pena por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

A la vista de las alegaciones que se hacen en la demanda, no sin cierto desorden, es necesario hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, que la privación de la patria potestad tiene naturaleza de auténtica pena y como tal se define en el artículo 33 del Código Penal (en adelante, CP), que es, en todo caso y como inhabilitación especial, una pena grave; integrándose en las penas privativas de derecho, conforme se dispone en el artículo 39-e).

En cuanto a los efectos de dicha pena, se dispone en la artículo 46, en su redacción actual tras la LO 8/2021, que "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona condenada de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada.

"Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto.

"A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada y la rehabilitada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las comunidades autónomas."

No obstante lo anterior, la pena de privación de la patria potestad, como todas las de esa naturaleza, puede imponerse, bien como pena principal o como accesoria de otras penas, en función de que el tipo penal no la imponga de manera expresa, pero la Ley declare que otras penas la llevan consigo ( artículos 54, 55, 56 del CP). En el caso del delito de sustracción de menores previsto en el artículo 225 bis del CP, se impone dicha pena como principal y como tal, como vimos, se impone en la sentencia condenatoria que adquirió firmeza.



De lo expuesto cabe concluir que la privación de la patria potestad tiene un régimen diferente del establecido en el ámbito de la Legislación civil, no coincidiendo sino en los efectos que comporta y por la remisión que hace el Código Penal a esa normativa.

Dando un paso más en ese razonamiento, resulta indudable que si la privación de la patria potestad se impone conforme al régimen del CP para las penas, en general, dicho régimen se debe observar no solo para eso, su imposición, sino también para su extinción. Es decir, la pena de inhabilitación para la patria potestad, se extingue como las restantes penas contempladas en el CP; sin que pueda pretenderse, como se sostiene en la demanda, que en la aplicación de dicha extinción debe ser de aplicación el invocado artículo 170 del Código Civil.

En efecto, es cierto que el mencionado precepto del Código Civil dispone que "El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial." Claramente contempla el precepto la doble opción de que la privación de la patria potestad puede ser declarada por los Tribunales del Orden Civil o del Orden Penal, como se dispone en el artículo 225-bis del CP. Es cierto también que el párrafo segundo del precepto dispone que "*Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.*" Es precisamente de dicho párrafo de donde se concluye, en el razonar de la demanda, que solo los Tribunales pueden ordenar la recuperación de la patria potestad, de donde se termina concluyendo que dicha pena no puede ser objeto de indulto parcial, en su modalidad de conmutación entre penas menos graves a la impuesta, acogida en el Real Decreto.

No puede aceptarse esa interpretación, al menos en la forma pretendida de vincular la conmutación a la exigencia de una previa decisión judicial; en primer lugar, por la mera interpretación gramatical y lógica del precepto del Código Civil, porque si en ese segundo párrafo se condiciona la recuperación a causa de la pérdida y cese de dicha causa, si bien puede considerarse el delito como causa de dicha pérdida –en realidad que los hechos del tipo penal influyen en el efecto civil–; es lo cierto que no puede afectar al cese de dicha causa, porque el delito no tiene una continuidad que pudiera cesar; tan es así que el mismo párrafo primero establece una separación entre la pérdida de la patria potestad en vía civil, que ha de fundarse en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma; de la privación en el Orden Penal, en que el precepto solo se remite a la existencia de "*causa criminal*"; debiendo entenderse que la referencia última a causa matrimonial obedece al ámbito civil y atendiendo a las peculiaridades de ese tipo de procesos.

Pero hay un elemento decisivo a juicio de este Tribunal para no aceptar el razonamiento que se hace en la demanda. En efecto, en cuanto que la pena, la inhabilitación impuesta en causa criminal, debe seguir el régimen propio de tales instituciones, como ya dijimos, también para su extinción. Si ello es así, es categórico que el CP dispone de manera taxativa y sin exclusión alguna, que las penas, todas, se extinguen, entre otras causa, por el indulto, de conformidad con lo establecido en el artículo 130-4º del CP. Si ello es así, es indudable que el precepto del Código Civil no puede afectar a esa extinción de la pena por la más que evidente razón de que todo lo que afecta al ámbito de las penas, en cuanto afecta a derechos fundamentales, debe tener rango de Ley Orgánica, rango del que carece la norma del Código Civil.

De lo expuesto ha de rechazarse el argumento de que se parte en la demanda en contra de la legalidad del RD impugnado.

Y si bien con lo anterior sería suficiente para rechazar las pretensiones, todas, de la demanda, no se puede silenciar, como ya se ha avanzado en varias ocasiones anteriormente, cual es el concreto ámbito de control que compete al orden contencioso sobre las decisiones sobre el derecho de gracia. Y así, es cierto que, como se cuidan de traer a este recurso todas las partes comparecidas como demandadas, las potestades de control jurisdiccional de las resoluciones concediendo o denegando los indultos ha sido delimitada cuidadosamente por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. En este sentido y por hacer referencia solo a nuestras últimas sentencias, debe recordarse lo que hemos declarado en las sentencias 68/2022 (ECLI:ES:TS:2022:314) y 215/2022 (ECLI:ES:TS:2022:749) condensando esa jurisprudencia con una muy abundante cita, declarando:

"... [L]a doctrina puede condensarse en los siguientes parámetros: 1) El control no puede afectar los defectos de motivación; 2) Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y no vinculantes a los que alude la Ley de Indulto); 3) No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo".

Pese a lo anterior, debemos recordar que en esa delimitación de tal potestad, comporta un hito importante la doctrina que al respecto se ha establecido por esta Sala en la sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5997). Es precisamente la mencionada sentencia la que, examinando todas las sentencias dictadas por este Tribunal Supremo hasta entonces, fijó esa doctrina antes expuesta, en nuestras recientes sentencias.



Pero esa sentencia examina la institución del indulto desde la casi totalidad de sus facetas y si bien no es necesario hacer aquí una reseña que por somera sería siempre prolija, si es cierto que debemos servirnos de lo en ella concluido a los efectos del debate en que, a la postre, hemos centrado el debate de autos, debiendo servir de corolario a lo antes razonado.

Una primera cuestión que demos puntualizar para determinar el alcance del control jurisdiccional de las decisiones sobre el indulto, es la propia configuración de la institución que la referida sentencia examina minuciosamente, para concluir, después de un examen histórico que ahora resulta innecesario reproducir y una abundante cita (no se individualiza), que " *se trata de una prerrogativa individual y excepcional... con "el carácter de extraordinaria (que) proviene de que por una parte es un residuo histórico del poder absoluto del Soberano y por otra que supone la excepción al principio de cumplimiento de las sentencias judiciales proclamada por el artículo 118 de la Constitución ... es una potestad extraordinaria de intervención de un poder estatal, el Ejecutivo, en el ámbito de competencia de otro, el Judicial, de manera que, una vez constitucionalmente admitida la prerrogativa por la razón indicada, su uso ha de estar rodeado de cautelas y límites, con objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden jurídico, marcando así una diferencia sustancial entre la prerrogativa de gracia aceptada en el Estado constitucional con la indulgentia principis propia de la Roma imperial o de las Monarquías absolutas, cuyo ejercicio y extensión no respondía a más voluntad que la de su titular.*

" *En todo caso se trata de una prerrogativa sujeta a la ley y corresponde al Poder Judicial velar por la efectividad de esa sujeción, precisamente porque comporta cierta derogación del principio de generalidad de la ley penal y de los de independencia y exclusividad de la jurisdicción. Una vez constitucionalmente admitido, su uso está rodeado de cautelas, con objeto de procurar que esos efectos se produzcan del modo que resulte menos perturbador para la normalidad del orden jurídico*".

Hemos, pues, de dejar sentado que las resoluciones sobre el indulto han de ser controladas por el Poder judicial porque en un Estado de Derecho, como se declara en la Constitución el nuestro, no pueden existir actuaciones del Poder Ejecutivo inmunes al control judicial.

Ahora bien, es cierto, como ya se ha dicho antes al reseñar la jurisprudencia constante de este Tribunal, que concurren peculiaridades en el alcance de ese control. Para esa labor la sentencia de referencia parte de la propia naturaleza de los actos sobre concesión o denegación del indulto, que se considera como un acto discrecional del Gobierno, porque, aceptando que "en alguno de los pronunciamientos de esta Sala ha sido calificado el mismo como acto graciable, considerándolo como una categoría jurídica distinta de los actos discrecionales. Aunque dogmáticamente dicha diferencia bien pudiera mantenerse, lo cierto es que, una vez cumplidos todos los requisitos procedimentales previstos en la LI para la concesión de un indulto, el órgano competente para ello —el Gobierno, que no el Rey— reunido en Consejo de Ministros, puede conceder, o no, la gracia solicitada, de modo que no se encuentra obligado a hacerlo."

Esa configuración del indulto como acto discrecional es el que habilita la esencia del mismo como " *acto no debido*" y, por tanto " *no tiene ni cuenta con la naturaleza de acto administrativo... no es el ejercicio de una potestad administrativa y no es susceptible de control a través de la técnica o mecanismo de control de la desviación de poder... 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*". " *No resultan 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 de adopten por el Gobierno*".

La sentencia hace una delimitación más puntual del ámbito de control jurisdiccional de las resoluciones sobre el indulto, partiendo de las anteriores premisas, estableciendo la afirmación categórica de que, sin perjuicio de ese control sobre los trámites a que antes se hizo referencia, en lo que respecta a la propia decisión de conceder o no el indulto, se afirma que " *a pesar de la tradición histórica seguida en nuestro país para la concesión de los indultos, puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos*".

Es importante que nos detengamos en esa afirmación porque existe una sutil matización que, en sede constitucional, sí autoriza que los Tribunales puedan controlar la legalidad del ejercicio de la potestad del derecho de gracia ejercida por el Gobierno. En ese sentido se parte de la idea de que "[c] *omo no es un acto administrativo, no puede exigirse al Acuerdo de concesión o denegación del mismo una motivación en el sentido técnico que requiere la LRJPA —hoy de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas—, pero no es menos cierto que por la misma Ley de Indulto se exige que del Acuerdo de indulto se desprendan las "razones de justicia, equidad o utilidad pública" a las que, de forma expresa, se refiere su artículo 11; razones a las que también alude su exposición de motivos cuando señala que la concesión del indulto ha de*



*llevarse a cabo "con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social" ...[y si bien es] 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".*

Es decir, si bien la decisión sobre el indulto queda al margen de control, es lo cierto que por la vía de evitar la arbitrariedad, que se proscribe con carácter general para todos los poderes públicos en el artículo 9-3º de la Constitución, pueden y deben los Tribunales de Justicia determinar la legalidad de la decisión, en si misma considerada. Y en ese sentido se declara en la sentencia " *la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida.*

Esa línea que sobre ese control abre la arbitrariedad se refleja en la sentencia en términos de suma claridad cuando declara que " *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. 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 mismo legislador exige "que consten siempre las razones que le movieron 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 absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa. En consecuencia, hemos de tener acceso para comprobar si la operación jurídica llevada a cabo por el Consejo de Ministros, dirigida a especificar y revelar las expresadas razones ---a la vista del expediente tramitado---, que constituyen el interés general de tal actuación, ha conseguido realmente tal finalidad en el terreno ---asequible para nosotros---de la lógica y la racionalidad jurídica, pues, si bien se observa, la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad, y en consecuencia todos los actos del Poder Ejecutivo y de la Administración han de ser racionales.*

"Por tanto, se insiste, entre la intocable decisión de la concesión ---o denegación--- de un indulto, tras el seguimiento del procedimiento establecido (en el que ha de constar la solicitud de los preceptivos informes y los demás elementos reglados), y la especificación en el Acuerdo de concesión de las "razones de justicia, equidad o utilidad pública" ---variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional---, se nos presenta como exigible un proceso lógico que no puede resultar arbitrario, y del que ha de desprenderse que las expresadas razones no son una construcción en el vacío.

" *Se trata, pues, de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente ---cuyo contenido no podemos revisar---para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica. Lo que podemos comprobar es si la concreta decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente, pues, ha sido el propio legislador el que ha limitado la citada discrecionalidad a la hora de ejercer la prerrogativa de gracia, materializada en el indulto, estableciendo las razones a las que ha de responder el mismo, las cuales deben constar en el Acuerdo de concesión.*

"Tales razones han de ser explicadas y han de ser deducidas de lo actuado en el expediente (informes preceptivos, estos sí, motivados, alegaciones, certificaciones, aportaciones sobre la vida y conducta del indultado, etc.), pero, una vez verificada la realidad de tales hechos ---que habremos de aceptar y que no podemos revisar---la revisión jurisdiccional, en ese espacio asequible al que tenemos acceso, debe valorar si la



decisión adoptada guarda "coherencia lógica" con aquellos, de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida (basada en las expresadas razones legales de "justicia, equidad o utilidad pública"), con la realidad plasmada en el expediente y que constituye su presupuesto inexorable, "tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos — art. 9º.3 de la Constitución —, que, en lo que ahora importa, aspira a "evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna" ( STS de 27 de abril de 1983 ). Recordando estos clásicos conceptos hemos de reiterar que para no incurrir en arbitrariedad la decisión discrecional "debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera" ( STS de 29 de noviembre de 1985 ), ya que en los actos discrecionales "al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión" ( STS de 7 de febrero de 1987 ). Ello obliga a la Administración a "aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican" ( SSTs de 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985 ); motivos y fines que, en el ejercicio del derecho de gracia, son las conocidas "razones de justicia, equidad o utilidad pública".

Pues bien, la aplicación de tal doctrina al caso de autos no permite concluir, como se pretende en la demanda, considerar que la decisión de indultar a la condenada mediante la conmutación de la pena incurre en arbitrariedad, habida cuenta que no nos compete a nosotros determinar la idoneidad sobre dicha concesión, sino determinar, como declara la sentencia de referencia, si la decisión "cuenta con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente... 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", que claramente se nos presenta, en este caso, como tal en la medida que, como se ha expuesto sobradamente, las razones de justicia, equidad o utilidad pública sí constan en el expediente, siquiera sea sin unanimidad, pero que nos corresponde a nosotros, entre otras poderosas razones porque si el mismo Tribunal sentenciador tiene sobradas dudas sobre la concesión del indulto parcial, por más que no se haya valorado en el informe la modalidad en que se aplicó por el Gobierno —que no se cuestiona en la demanda más allá de lo ya examinado—, no parece lógico reprochar al Gobierno arbitrariedad al haber acogido dicha propuesta.

Todas las razones expuestas comportan la desestimación íntegra de la demanda.

#### **QUINTO. Costas procesales.-**

La desestimación íntegra del presente recurso contencioso-administrativo determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo al recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de las facultades reconocidas en el número 3 del indicado precepto y atendidas las circunstancias del caso, fija en cuatro mil euros (4.000 €), más IVA, la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos y para cada una de las partes recurridas.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso contencioso-administrativo 416/2021, interpuesto por la representación procesal de Don Joaquín, contra el Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre, mencionado en el primer fundamento, por estar ajustado al ordenamiento jurídico; con imposición de las costas al recurrente, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.