

EDJ 2005/296059

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 1ª, S 2-12-2005, rec. 161/2004
Pte: Lucas Murillo de la Cueva, Pablo

Resumen

Se desestima el rec. contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros en funciones que denegó el indulto solicitado por el recurrente, al considerar que no merma las facultades del nuevo gobierno, pues resolver sobre peticiones de indulto forma parte de la actividad normal del Consejo de Ministros, ya que los expedientes de indulto son numerosos, y difícilmente cabe distinguir en ese conjunto de decisiones denegatorias una actividad de orientación política como la que nuestro ordenamiento jurídico excluye de la noción de despacho ordinario de los asuntos públicos. Formulan voto particular D. Eduardo Espín Templado, D. Agustín Puente Prieto y D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 50/1997 de 27 noviembre 1997. Del Gobierno
art.21.3
Ley 4/1985 de 21 marzo 1985. Extradición Pasiva
art.6.2
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.62 , art.97 , art.101

ÍNDICE

| | |
|------------------------------|---|
| ANTECEDENTES DE HECHO | 2 |
| FUNDAMENTOS DE DERECHO | 3 |
| FALLO | 7 |
| VOTO PARTICULAR | 8 |

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACTO ADMINISTRATIVO
CLASES
Actos políticos
IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
ADMINISTRACIÓN CENTRAL
Consejo de Ministros
Competencias

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administración estatal (funciones ejecutivas); Desfavorable a: Particular
Procedimiento:Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.21.3 de Ley 50/1997 de 27 noviembre 1997. Del Gobierno
Aplica art.6.2 de Ley 4/1985 de 21 marzo 1985. Extradición Pasiva
Aplica art.62, art.97, art.101 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.40 de Ley 28/1998 de 13 julio 1998. Venta a Plazos de Bienes Muebles
Cita Ley 50/1997 de 27 noviembre 1997. Del Gobierno
Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Cita Ley 1/1988 de 14 enero 1988. Modificación de la L 18 junio 1870, que establece reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto
Cita art.23.4, art.197, art.260.1 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Cita art.35 de LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional
Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 20 septiembre 2005 (J2005/157202)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 26 septiembre 2005 (J2005/139882)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 16 febrero 2005 (J2005/71688)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 21 febrero 2005 (J2005/33722)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 3 junio 2004 (J2004/60730)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 27 mayo 2003 (J2003/35201)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 27 mayo 2003 (J2003/29855)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 11 diciembre 2002 (J2002/58658)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 16 septiembre 2002 (J2002/35649)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 21 mayo 2001 (J2001/32934)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 4 abril 1997 (J1997/1230)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 4 abril 1997 (J1997/1229)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 19 febrero 1996 (J1996/1228)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 25 noviembre 1991 (J1991/11195)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 29 noviembre 1990 (J1990/10904)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 15 marzo 1990 (J1990/2946)

En la Villa de Madrid, a dos de diciembre de dos mil cinco.

Visto por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 161/2004, tramitado en la Sección Sexta, interpuesto por D. Víctor, representado por la Procuradora Dª María Dolores Arcos Gómez, asistido del Letrado D. Miguel Ángel Sanz Carnero, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004 denegatorio de la concesión de indulto por él interesada.

Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Consejo de Ministros, en su reunión de 26 de marzo de 2004, denegó la concesión de indulto tramitada a favor D. Víctor, en relación a la condena que le fue impuesta, por Sentencia dictada el 22 de febrero de 2002, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en la causa núm. 192/01, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 42 de Madrid, y en la que como autor de un delito contra la salud pública se le impuso la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y multa de 200.000 pesetas.

SEGUNDO.- Por la representación de D. Víctor se interpuso recurso contencioso administrativo contra el referido Acuerdo, mediante escrito presentado el 4 de junio de 2004 en el Registro General de este Tribunal Supremo y, admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo en los términos establecidos en el artículo 48, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49, ambos de la Ley de esta Jurisdicción. Verificado se dio traslado a la Procuradora del recurrente para que dedujera la demanda.

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, Dª María Dolores Arcos Gómez presentó escrito, con fecha 21 de octubre de 2004, en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó oportunos, solicitó a la Sala" (...) dicte sentencia por la que se declare la nulidad en derecho del acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 26/03/2004, con número de referencia 7212/2003, por el que se deniega la concesión de indulto tramitado a favor de D. Víctor, objeto del presente recurso contencioso administrativo".

Por Primer Orosí Digo manifestó que "a los efectos del artículo 40 de la Ley 28/1998, de 13 de julio EDL 1998/44322 , (...) se fija SIN CUANTÍA el presente recurso por tratarse de un acto dictado en relación con el ejercicio de derechos". Y, por Segundo Orosí, solicitó el recibimiento del pleito a prueba.

CUARTO.- El Abogado del Estado, en virtud del traslado conferido por providencia de 25 de octubre de 2004, contestó a la demanda y solicitó a la Sala

"dicte sentencia que DESESTIME el recurso interpuesto, DECLARE LA CONFORMIDAD A DERECHO DEL ACUERDO IMPUGNADO E IMPONGA LAS COSTAS CAUSADAS EN ESTE PROCESO A LA PARTE RECURRENTE".

Por Orosí Digo Primero manifestó:

"Que los hechos del proceso están perfectamente determinados. El recurrente no cuestiona ninguno de ellos. El debate está también trabado sobre la interpretación de determinado precepto legal. Así pues, aunque se pide el recibimiento del pleito a prueba esta petición es improcedente por ser la prueba impertinente e irrelevante. Ítem más, el otrosí digo en que se solicita el recibimiento del pleito a prueba vulnera el artículo 60.1 de la Ley Jurisdiccional porque no expresa en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba, ni siquiera menciona la posibilidad prevista en el artículo 60.2 de la precitada Ley. Por lo que, no procede recibir este proceso a prueba".

QUINTO.- Por Auto de 16 de noviembre de 2004 la Sala acordó:

"Fijar la cuantía del recurso como indeterminada y recibir el procedimiento a prueba, concediendo a las partes el término de QUINCE DÍAS para que puedan proponer los medios de prueba que estimen oportunos sobre los puntos de hecho señalados por la parte recurrente en su escrito de demanda".

Interpuesto recurso de súplica por el Abogado del Estado contra la anterior resolución por infringir --dijo-- los apartados 1 y 3 del artículo 60 de la Ley Jurisdiccional, por un nuevo Auto de 10 de febrero de 2005 se acordó dejar sin efecto el recibimiento a prueba.

SEXTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista, y conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado con sendos escritos de 28 de marzo y de 6 de abril de 2005 en los que reiteraron, en síntesis, lo solicitado en sus escritos de demanda y contestación, respectivamente.

SÉPTIMO.- Declaradas concluidas las actuaciones, se acordó el señalamiento para votación y fallo, primero para el día 5 de octubre de 2005 y, posteriormente, para el día 4 de los mismos mes y año, que se dejaron sin efecto.

OCTAVO.- El Presidente de la Sala, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y por estimarlo necesario para la Administración de Justicia, acordó que el presente recurso pasara a ser conocido por el Pleno de la Sala Tercera.

NOVENO.- Mediante providencia de 26 de septiembre de 2005 se señaló para votación y fallo el día 24 de noviembre de 2005, en que han tenido lugar.

DÉCIMO.- Finalmente, se celebró la votación y fallo acordados, en cuyo acto la Ponente Excmo. Sra. D^a Margarita Robles Fernández solicitó la designación de otro distinto para sustituirla, en razón de que no participaba del criterio mayoritario de la Sala, a lo que se accedió en el propio acto, encomendando el Presidente de la Sala la redacción de la Sentencia al Magistrado Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Consejo de Ministros celebrado el 26 de marzo de 2004 adoptó el acuerdo de denegar el indulto solicitado por ciento cuarenta y nueve penados. Entre ellos estaba D. Víctor a quien la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid condenó, por su Sentencia núm. 71/2002, de 22 de febrero, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a multa de 200.000 pesetas. Todo ello por considerarle autor de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 . Inadmitido por la Sala Segunda de este Tribunal Supremo mediante Auto de 24 de abril de 2003 el recurso de casación del Sr. Víctor, ganó firmeza la Sentencia de instancia.

El 25 de julio de 2003, en solicitud dirigida al Ministro de Justicia, el ahora recurrente pidió el indulto. También pidió al Tribunal sentenciador la suspensión de la ejecución de la condena en tanto se resolvía, a lo que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid accedió, con el parecer favorable del Ministerio Fiscal, por Auto de 12 de agosto de 2003.

Incoado el expediente de indulto núm. 86/2003, el Ministerio Fiscal se opuso a su concesión. Y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid emitió informe desfavorable al respecto. Todo lo cual consta en el expediente administrativo.

SEGUNDO.- D. Víctor considera que el acuerdo del Consejo de Ministros que rechazó su solicitud de indulto es nulo de pleno Derecho porque fue adoptado por un órgano que carecía de competencia para ello. Llega a esa conclusión a partir del artículo 21, apartados 1 y 3, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno EDL 1997/25084, del artículo 62 i) de la Constitución EDL 1978/3879 y de la interpretación recogida en la Sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2002 (recurso 166/2001) EDJ 2002/58658 para la que el indulto es una prerrogativa real de gracia cuya concesión o denegación se conforma como un acto no sujeto al Derecho Administrativo por lo que solamente puede ser revisado en sus aspectos puramente procedimentales. Así, sostiene que, al tratarse de una prerrogativa discrecional y no requerir motivación, la concesión o denegación del indulto no puede considerarse como acto ordinario de gobierno de los que puede realizar el Gobierno en funciones al amparo de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 , por lo que carece de validez cualquier acuerdo adoptado en el Consejo de Ministros en funciones que conceda o deniegue un indulto total o parcial.

TERCERO.- El Abogado del Estado afirma que el acuerdo impugnado es conforme a Derecho. Para justificar su posición examina el artículo 21 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 y nos dice que el Gobierno en funciones es un Gobierno limitado legalmente en su cometido que, normalmente, ciñe su actuación al despacho ordinario de los asuntos públicos. Y que los apartados 4, 5 y 6 de ese precepto resuelven el problema de definir qué es lo que puede y lo que no puede hacer. A juicio del Abogado del Estado, de ellos se infiere una clara discriminación dentro de las facultades gubernamentales entre las legislativas y las no legislativas, pues mientras las primeras están prohibidas, las segundas forman parte de la gestión ordinaria que puede afrontar el Gobierno en funciones. De este modo, continúa, se

establece una regla general de pertenencia de los asuntos públicos a la gestión ordinaria "de la que, sólo por excepción, exceden aquellos (...) que por su singularidad o sus efectos, puedan considerarse "extra muros" de las facultades atribuidas a un Gobierno "en funciones".

A partir de aquí, la contestación a la demanda explica que entre los asuntos ordinarios se incluye el acuerdo del Consejo de Ministros que ha denegado el indulto. Recuerda la regulación vigente del mismo y subraya que el ejercicio del derecho de gracia corresponde al Consejo de Ministros y que su decisión, cualquiera que sea su sentido, no es susceptible de control aunque sí es fiscalizable el procedimiento seguido para adoptarla. De ahí deduce que es irrelevante el marco en que se tome, es decir que el Gobierno se halle o no en funciones, porque siempre permanece invariable su libertad estimativa. Por tanto, observa que, "ni por su naturaleza, ni por las características del procedimiento seguido, puede decirse que la denegación del indulto exceda del ámbito de facultades reservado al Gobierno en funciones" por la Ley que lo regula. Conclusión que refuerza señalando que ésta no es una de las facultades que le prohíbe y que, si se repara en las circunstancias que rodean la solicitud de indulto denegada, habrá que reconocer que la decisión del Consejo de Ministros fue absolutamente razonable y que ningún motivo hay para pensar que hubiera sido distinta de haberse adoptado por el nuevo Gobierno.

CUARTO.- Al entrar en el examen de sus pretensiones, lo primero que hemos de señalar es que las partes no discuten que el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado sea susceptible de control judicial. Por el contrario, aceptan ambas que se trata de un acto del Gobierno que puede ser revisado por esta Jurisdicción en todo lo que atañe al procedimiento por el que se rige la adopción de la decisión gubernamental sobre la solicitud de indulto.

Y, efectivamente, así es, pues los actos del Gobierno están sujetos a la Constitución y a la ley según nos dice el artículo 97 del texto fundamental, concretando respecto de este órgano el mandato general del artículo 9.1, y los Tribunales, prescribe su artículo 106.1, controlan la legalidad de la actuación administrativa, lo cual guarda estrecha conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1, también de la Constitución EDL 1978/3879 . Por eso, la Ley de la Jurisdicción, a la que se remite en este punto el artículo 26.3 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 , dispone en su artículo 2 a), que este orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con "la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos".

Precepto legal este último que recoge la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera bajo la vigencia de la Ley de la Jurisdicción de 1956 y que encuentra su más completa expresión en las Sentencias de su Pleno de 4 de abril de 1997(recursos 602 EDJ 1997/1230 , 634 EDJ 1997/1229 , 726, todos de 1996 EDJ 1996/1228) conforme a las cuales los Tribunales de lo Contencioso Administrativo han de asumir aquél control, incluso frente a los actos gubernamentales de dirección política, cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse para comprobar si el Gobierno ha respetado aquellos y cumplido estos al tomar la decisión de que se trate.

En efecto, la cuestión aquí debatida afecta a uno de los elementos reglados del acuerdo recurrido: la competencia del Gobierno en funciones para adoptarlo porque, tal como se desprende de lo que se ha expuesto, la solución de la controversia planteada en este proceso exige establecer, en primer lugar, cuál es el ámbito de decisión que corresponde al Gobierno en funciones y, después, determinar si cabe dentro de él la que tomó el Consejo de Ministros el 26 de marzo de 2004 y consistió en la denegación del indulto solicitado por el recurrente. El problema surge porque el artículo 21 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 , que regula, precisamente, el Gobierno en funciones, dice que estará sometido a las limitaciones establecidas por ese texto legal y que "limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas". Así, pues, como aquí no se ha planteado la urgencia, ni tampoco la presencia del interés general al que se refiere el artículo 21.3 de aquella Ley, se trata de saber en qué consiste ese despacho ordinario de los asuntos públicos que se presenta como el contenido natural de las funciones del Gobierno cesante y qué relación guarda con él el ejercicio de la facultad de indulto.

QUINTO.- La respuesta a la primera cuestión exige tener presente lo que nos dice la Constitución del Gobierno en funciones pues solamente a partir de las normas y principios constitucionales sobre la materia cabe interpretar los preceptos de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 que se ocupan de ella. Pues bien, el texto fundamental aborda este particular extremo en el artículo 101. Por un lado, para precisar cuando cesa el Gobierno y, por el otro, para imponer al cesante que continúe en funciones hasta la toma de posesión del siguiente.

Debemos empezar por esta última previsión porque nos sitúa ante una exigencia constitucional bien explícita: el Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo. La Constitución es tajante, ordena al Gobierno que continúe ejerciendo sus funciones tras su cese y no excluye expresamente ninguna de entre las que quiere que sigan siendo ejercidas. Se comprende sin dificultad que España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas. También que el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos a la actuación del Gobierno en funciones no quiere decir que no existan pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales. Sin embargo, el silencio del artículo 101 del texto fundamental sobre las eventuales restricciones del cometido del Gobierno en funciones después de haber impuesto su existencia e, incluso, el hecho de que no se remita a tal efecto a la Ley, a diferencia de lo que hace en otras hipótesis, nos han de advertir sobre el sumo cuidado con el que ha de afrontarse la tarea de definir qué es lo que no puede hacer.

SEXTO.- De la regulación constitucional cabe extraer otros datos que debemos tener presentes a la hora de interpretar la Ley pues configuran el contexto en el que se encuentra el Gobierno en funciones. Tal es el caso de su duración en el tiempo. Son varios los supuestos que determinan el cese del Gobierno según el artículo 101.1 de la Constitución EDL 1978/3879 : la celebración de elecciones

generales, la pérdida de la confianza parlamentaria en los casos previstos por la Constitución, la dimisión y el fallecimiento de su Presidente. El interregno que se abre como consecuencia de la verificación de estas circunstancias solamente será breve, en principio, cuando prospere una moción de censura porque su aprobación, al mismo tiempo que supone la retirada de la confianza a un Presidente del Gobierno, comporta la investidura del que figuraba como candidato alternativo en ella, de manera que en pocos días puede producirse la toma de posesión del nuevo Gobierno.

En cambio, en las demás hipótesis, la interinidad que producen puede extenderse a lo largo de varias semanas e, incluso, de varios meses si procediera la disolución de las Cortes Generales prevista en el artículo 99.5 de la Constitución EDL 1978/3879 . Esta posibilidad no se ha dado hasta ahora, pero la experiencia autonómica, a partir de normas, en general, muy parecidas a las del artículo 99, ofrece ejemplos en los que se ha prolongado considerablemente un Consejo Ejecutivo en funciones.

En consecuencia, el Gobierno puede permanecer en funciones un período de tiempo significativo.

SÉPTIMO.- Resulta, igualmente, de la distinta naturaleza de las causas de cese del Gobierno que su condición de "en funciones" no tiene que ir acompañada, necesariamente, de la inexistencia de control parlamentario, ni de un cambio de mayoría política en el Congreso de los Diputados. En cuanto, a lo primero, y con independencia de que las Diputaciones Permanentes de las cámaras velan por sus poderes también cuando han sido disueltas y hasta que se constituyan las surgidas de las elecciones (artículo 78 de la Constitución EDL 1978/3879), es lo cierto que si, el cese del Gobierno se ha producido por causa diferente de la celebración de las elecciones generales, permanecen en el goce de sus atribuciones constitucionales el Congreso de los Diputados y el Senado. Por lo que hace a lo segundo, del sufragio de los españoles puede surgir una nueva mayoría, distinta de la que sostenía al Gobierno cesante, como ocurrió en el caso que tenemos ante nosotros, pero también puede verse confirmada la anterior.

Obvio es decir que, cualquiera que sea la circunstancia que conlleve el cese del Gobierno y su entrada en funciones, permanece en toda su extensión e intensidad el control judicial de su actuación.

OCTAVO.- La Constitución, ciertamente, no establece de modo expreso límites o restricciones a la actuación del Gobierno en funciones. No obstante, nos facilita el criterio para distinguir cuáles son los confines dentro de los que debe moverse, fuera de los casos en que la urgencia determine la necesidad de su intervención, pues la habilitación para resolver sobre estos últimos va implícita en la propia imposición de su existencia. El criterio al que nos referimos es el que resulta de la función constitucional del Gobierno. De la que ha de desempeñar el que está en plenitud de sus facultades tras haber completado el proceso de su formación. Esa función no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado. Esos son los cometidos con los que el artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879 singulariza la función gubernamental y para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria.

La dirección de la política general, que es la misión principal del Gobierno, trae causa del programa que el candidato a su Presidencia defendió ante el Congreso de los Diputados y mereció el apoyo de su mayoría (artículo 99 de la Constitución EDL 1978/3879). Programa que, a su vez, procede del que las fuerzas políticas que otorgaron su confianza al candidato a la Presidencia, presentaron ante los ciudadanos y logró el apoyo de sus votos. Naturalmente, ese marco político de actuación no queda definitivamente fijado en ese momento y puede suceder que, por distintas razones, el Gobierno llegue a apartarse en diversa medida de la línea aprobada en el momento de la investidura. El sistema parlamentario permite una actualización permanente de la relación de confianza a través de su normal desenvolvimiento o con el recurso a algunas instituciones previstas en la Constitución como el referéndum consultivo (artículo 92) o la cuestión de confianza (artículo 112). En cualquier caso, mientras persista la relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y, a través de su Presidente, el Gobierno, a este corresponde la dirección política de España. Así, gobernar para la Constitución, es dirigir el país a partir de las orientaciones definidas por el Presidente del Gobierno (artículo 98.2 de la Constitución EDL 1978/3879) con el apoyo de la mayoría parlamentaria formada democráticamente por los españoles.

Pues bien, si esto es lo que debe hacer el Gobierno que se forma, es, al mismo tiempo, lo que no puede hacer el Gobierno en funciones porque el cese ha interrumpido la relación de confianza que le habilita para ejercer tal dirección y le ha convertido en un órgano cuya composición debe variar necesariamente en el curso de un proceso constitucionalmente regulado, de una duración necesariamente limitada en el tiempo, del que surgirá una nueva relación de confianza y un nuevo Gobierno.

Así, pues, el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar.

NOVENO.- Con estos pertrechos interpretativos que encontramos en la Constitución hemos de examinar la Ley del Gobierno y asignar a la expresión despacho ordinario de los asuntos públicos de su artículo 21.3 un significado preciso en este caso, porque se trata de un concepto indeterminado necesitado de concreción. De cuanto acabamos de decir en el fundamento anterior se deduce que ese despacho no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política.

De este modo entendida, o sea interpretada conforme a la Constitución, se despejan las dudas que pudiera ofrecer la conformidad con el texto constitucional de las normas legales que sujetan a límites la actuación del Gobierno en funciones cuando aquél no ha dispuesto expresamente ninguno. Por lo demás, situados en esta perspectiva, es posible apreciar que el mismo legislador asume esa interpretación porque en el apartado quinto del artículo 21 se preocupa por prohibir al Gobierno en funciones aprobar el proyecto de

Ley de Presupuestos Generales del Estado(a) y presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado (b). Es decir, la Ley prohíbe al Gobierno en funciones utilizar los principales instrumentos de orientación política, pues los Presupuestos Generales del Estado no son sino la traducción en términos de ingresos y gastos de la dirección política que el Gobierno quiere llevar a la práctica en el ejercicio de que se trate. Y las leyes que, según el Preámbulo de la Constitución, son la expresión de la voluntad popular y proceden casi exclusivamente de la iniciativa gubernamental, introducen en el ordenamiento jurídico las normas que responden a las orientaciones que prevalecen en el electorado y, por tanto, en las Cortes Generales. Por eso, son uno de los cauces típicos de expresión de la orientación política decidida por el Gobierno y asumida por las Cortes Generales.

A parecidos resultados conduce, por lo demás, el apartado sexto de este artículo 21 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084, que deja en suspenso las delegaciones legislativas mientras el Gobierno esté en funciones por haberse celebrado elecciones generales. Además, este apartado es relevante porque introduce en la regulación legal una diferencia de régimen jurídico en atención a la causa determinante de la entrada en funciones del Gobierno. Circunstancia esta que refuerza las consideraciones antes realizadas sobre la necesidad de examinar caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general contemplado en el artículo 21.3 de este texto legal.

La aprobación del proyecto de Presupuestos Generales del Estado, el ejercicio de la iniciativa legislativa y la emanación de los decretos legislativos no son los únicos actos de orientación política prohibidos al Gobierno en funciones. La misma Ley 50/1997 EDL 1997/25084, en el apartado cuarto de su artículo 21, veda al Presidente en funciones proponer al Rey la disolución de una o de ambas cámaras de las Cortes Generales, presentar la cuestión de confianza o proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, todos ellos actos de clara orientación política. Esto significa que la línea divisoria entre lo que el Gobierno en funciones puede y no puede hacer no pasa por la distinción entre actos legislativos y no legislativos, sino por la que hemos señalado entre actos que no conllevan dirección política y los que la expresan.

Por tanto, la misma Ley 50/1997 EDL 1997/25084 responde a los criterios que, a juicio del Pleno de la Sala, presiden la concepción constitucional del Gobierno en funciones. Criterios que, por lo demás, se confirman viendo las cosas desde otra perspectiva. En efecto, asumir la tesis del recurrente supondría situar al Gobierno de España en una posición de precariedad tal que podría impedir o dificultar que ejerciera los cometidos que la Constitución le ordena realizar, pues en pocos actos gubernamentales están ausentes las motivaciones políticas o un margen de apreciación.

En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse.

DÉCIMO.- Llegados a este punto y siendo notorio que, tras la celebración el 14 de marzo de 2004 de las elecciones generales que inauguraron la Octava Legislatura, se produjo el cese del Gobierno y pasó a estar en funciones en virtud de lo dispuesto por el artículo 101.1 de la Constitución EDL 1978/3879, debemos examinar si la denegación del indulto solicitado por D. Víctor es un acto que puede considerarse incluido o no en el despacho ordinario de los asuntos públicos tal como lo hemos acotado. Para saberlo es menester indagar sobre el significado del indulto desde la perspectiva de la dirección política de la que venimos hablando.

El indulto está previsto en el artículo 62 i) de la Constitución EDL 1978/3879 que lo incluye entre las atribuciones del Rey. No obstante, de acuerdo con los principios que informan la Monarquía parlamentaria, esa potestad no es ejercida materialmente por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno que es a quien la Ley a la que se remite ese precepto encomienda adoptar la decisión correspondiente. El ejercicio del derecho de gracia es, pues, una facultad sustancialmente gubernamental. Pero el texto fundamental añade otra previsión de especial importancia: la prohibición expresa de que el legislador autorice los indultos generales. Así, pues, es claro que su significación, en principio, tiene un carácter particular y concreto.

La regulación legal del indulto está recogida en la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero EDL 1988/10757. Su exposición de motivos precisa bien su alcance y subraya, ya que se refiere solamente a los indultos particulares, la importancia que han de tener a los efectos de la decisión que deba adoptar el Consejo de Ministros, los hechos y circunstancias del caso concreto, sobre los que debe extenderse la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se manifieste. Motivación que deberá contemplar, especialmente, las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, de la equidad y de la conveniencia social, pues son extremos cuyo estudio impone la Ley. Por tanto, el indulto comporta una decisión circunscrita a un supuesto específico: el del reo al que se refiere, ya lo haya solicitado él o sean otros quienes lo hayan pedido en su nombre, entre los que puede estar el mismo Tribunal sentenciador, tal como lo prevén el artículo 20 de esta Ley y el artículo 4.3 del Código Penal EDL 1995/16398.

El acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es, en principio, dadas las características con las que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno. Es verdad que puede responder a una determinada política criminal, la seguida por el que lo dicta, pero no tiene la entidad de los actos de orientación política que la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 excluye expresamente del concepto de despacho ordinario de asuntos públicos. Si desde estas consideraciones generales pasamos al examen de las características del acuerdo impugnado, forzoso será concluir que a través de él no se produjo ninguna directriz política que condicionara, comprometiera o impidiera las que debiera tomar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales del 14 de marzo de 2004.

UNDÉCIMO.- En efecto, el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004 denegó la solicitud de indulto de D. Víctor. Eso significa, por un lado, que dejó inalterados los efectos de la Sentencia firme de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó al recurrente. Por otro lado, que no ha mermado las facultades del nuevo Gobierno que puede resolver lo que considere procedente sobre ese indulto si, en virtud de las normas legales que lo regulan, vuelve a ser sometido a su consideración.

Además, no se pronunció dicho acuerdo sobre la solicitud del Sr. Víctor solamente, sino que también lo hizo, siempre en el mismo sentido denegatorio, sobre las de otros ciento cuarenta y ocho penados, siendo de advertir que la del recurrente, presentada el 25 de julio de 2003, llevaba el número de expediente 86 de ese año. Eso significa, no sólo que resolver sobre peticiones de indulto forma parte de la actividad normal del Consejo de Ministros, ya que los expedientes de indulto son numerosos, sino que difícilmente cabe distinguir en ese conjunto de decisiones denegatorias una actividad de orientación política como la que hemos dicho que nuestro ordenamiento jurídico excluye de la noción de despacho ordinario de los asuntos públicos. Desde luego, nada se aprecia en ese sentido del expediente y de lo que se ha alegado en el presente proceso.

En consecuencia, se impone la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

DUODÉCIMO.- Por último, es preciso explicar la relación que guarda esta Sentencia con la que dictó la Sección Sexta de esta Sala el 20 de septiembre de 2005, en el recurso contencioso-administrativo 123/2004 EDJ 2005/157202 .

En esa ocasión fue estimado un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de abril de 2004 que resolvió conceder la extradición a las autoridades de Italia de D^a Regina, identificada como D^a Camila en su pasaporte británico. Extradición pasiva considerada procedente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La Sentencia EDJ 2005/157202 llega a la estimación y consiguiente anulación de ese acuerdo por dos caminos que le llevan a la misma conclusión. Por un lado, se fija en el artículo 6.2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva EDL 1985/8075 , conforme al cual, cuando la extradición ha sido declarada judicialmente procedente, ese pronunciamiento "no será vinculante para el Gobierno que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales de España". Observa la Sentencia que en ese caso el Gobierno debe hacer un juicio de valor para apreciar si concurre o no alguna de estas circunstancias. Por eso, dice que el Gobierno en funciones, al pronunciarse sobre la procedencia de la extradición pasiva, "ejercita siempre una facultad de valoración de los intereses nacionales que conlleva un juicio político que excede de la gestión ordinaria de los asuntos públicos, y priva al futuro Gobierno de una decisión política que en el ejercicio de la soberanía nacional le corresponde en orden a conceder o denegar la extradición pasiva".

Por otro lado, la Sentencia de 20 de septiembre de 2005 EDJ 2005/157202 interpretó los artículos 101.2 de la Constitución EDL 1978/3879 y 21 de la Ley del Gobierno en el sentido de que por gestión del despacho ordinario de los asuntos públicos ha de entenderse la "gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza". Y, como no mediaba urgencia ni se apreciaban razones de interés general en el acuerdo impugnado, concluyó que el Gobierno se extralimitó al resolver sobre la extradición pasiva.

De las dos líneas de razonamiento que acabamos de resumir, ninguna consideración hemos de hacer sobre la interpretación del artículo 6.2 de la Ley 4/1985, ya que este precepto es ajeno al presente proceso, pues versa sobre el indulto y no sobre la extradición pasiva. En cuanto a la que descansa en la Ley del Gobierno, es evidente que los razonamientos que hemos expuesto en los anteriores fundamentos suponen una restricción del criterio seguido por esa Sentencia EDJ 2005/157202 para establecer el sentido del artículo 21.3 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 , ya que, tal como se ha dicho, no es la presencia de una motivación o juicio políticos lo que excede a la gestión ordinaria de los asuntos públicos a la que se refiere ese precepto, sino la adopción de decisiones que, por su contenido en las circunstancias concretas en las que se toman, impliquen una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno.

Al resolver ahora de este modo, damos un nuevo paso en el proceso de definición, a partir de las previsiones constitucionales y legales, del estatuto del Gobierno en funciones. La Sentencia de 20 de septiembre de 2005 EDJ 2005/157202 abrió el camino para precisarlo, afrontando cuestiones antes no resueltas por la jurisprudencia, pues las ha planteado una Ley reciente que utiliza conceptos necesitados de interpretación. Precisamente, por eso, podemos ahora, tras un examen detenido de los problemas y argumentos puestos de manifiesto entonces, así como de los que ahora se han suscitado y de las normas y los principios constitucionales aplicables, avanzar en esa tarea para llegar a las conclusiones que se han explicado.

DÉCIMOTERCERO.- Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace imposición de costas.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española EDL 1978/3879 ,

FALLO

1º Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 161/2004 interpuesto por D. Víctor contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004 que denegó el indulto por él solicitado.

2º Que no hacemos imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Fernando Ledesma Bartret.- Mariano de Oro-Pulido y López.- Ricardo Enríquez Sancho.- Mariano Baena del Alcázar.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Antonio Martí García.- José Manuel Sieira Míguez.- Rafael Fernández Montalvo.- Óscar González González.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Segundo Menéndez Pérez.- Juan José González Rivas.- Enrique Lecumberri Martí.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- Agustín Puente Prieto.- Santiago Martínez-Vares García.- Eduardo Espín Templado.- Juan Gonzalo Martínez Micó.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Rafael Fernández Valverde.- Celsa Pico Lorenzo.- Octavio Juan Herrero Pina.- Margarita Robles Fernández.- Emilio Frías Ponce.- José Díaz Delgado.- Eduardo Calvo Rojas.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado de esta Sala D. Eduardo Espín Templado a la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en fecha 2 de diciembre de 2005, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 161/2004.

Formulo este voto particular concurrente para expresar las razones de mi respetuosa discrepancia con la interpretación que el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo hizo de la Ley de Organización, Competencias y Funcionamiento del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre EDL 1997/25084) en el recurso contencioso administrativo directo 161/2004.

Como tuve ocasión de exponer en la deliberación, a mi entender y por las razones que resumidamente expongo en este voto particular, el artículo 21.3 de la referida Ley en cuya aplicación se funda el fallo de la Sentencia, plantea serias dudas de constitucionalidad, lo que hubiera debido conducir al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, al no compartir tales dudas el Pleno de la Sala, estoy conforme con el fallo desestimatorio del recurso y parcialmente -con las divergencias que se deducen de este voto particular- con los razonamientos que conducen al mismo, por lo que este voto es concurrente con la decisión adoptada.

1. Sobre los actos del Gobierno.

En relación con la naturaleza de los actos del Gobierno y su residenciabilidad ante los Tribunales - tanto ordinarios como del propio Tribunal Constitucional- existe no poca confusión. Resumidamente, por no ser éste el lugar adecuado para una exposición de tipo doctrinal, es un hecho conocido el progresivo sometimiento de los diversos tipos de actos gubernamentales a la revisión jurisdiccional a través de diversas técnicas jurídicas (elementos reglados, conceptos jurídicos indeterminados, motivación, exclusión de la arbitrariedad).

Ello no obstante, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, no todos los actos del Gobierno están sometidos al derecho administrativo y, por tanto, a la revisión de los Tribunales de esta jurisdicción contencioso administrativa (SSTC 45/1990, de 15 de marzo EDJ 1990/2946 , 196/1990, de 29 de noviembre EDJ 1990/10904 , y 220/1991, de 25 de noviembre EDJ 1991/11195). Quedan, en efecto, fuera de ella los actos que derivan directamente de las funciones y potestades que la Constitución le atribuye y que están regulados directamente por la Norma superior y que, en muchos casos pero no en todos, son actos de relación con los demás poderes del Estado. Asimismo muchos de tales actos quedan también fuera, en su caso, de su revisión por parte de la propia jurisdicción constitucional, excepto en lo que quede comprendido en el ejercicio de sus competencias previstas por la Constitución y su Ley reguladora.

Igualmente este Tribunal Supremo (Sentencias del Pleno de 4 de abril de 1997, dictadas en los recursos 602 EDJ 1997/1230 , 634 EDJ 1997/1229 y 726/1996 EDJ 1996/1228 , mencionadas en el fundamento jurídico cuarto de esta Sentencia) ha señalado que están sometidos a su jurisdicción contencioso administrativa cualesquiera actos del Gobierno, sea cual sea su naturaleza -esto es, inclusive los que puedan reputarse como de naturaleza política-, siempre que "el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse para comprobar si el Gobierno ha respetado aquéllos y cumplido éstos al tomar la decisión de que se trate" -términos del citado fundamento de derecho de esta Sentencia-.

En definitiva, lo anterior se traduce en que los actos tradicionalmente denominados políticos o de gobierno y, más modernamente, de dirección política, son susceptibles de control jurisdiccional - constitucional u ordinario- en cuanto a los límites o requisitos que deriven directamente de la Constitución -en principio presumiblemente a cargo de la jurisdicción constitucional- o que el legislador, en su caso, haya establecido -en principio residenciables ante esta jurisdicción-. Así pues, ni de la propia Constitución ni de la jurisprudencia constitucional o de la de este Tribunal se deduce en modo alguno que todo acto del Gobierno, in integrum y sin límite de ningún género, quede sometido a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que resultaría contrario a la Constitución y a la interpretación de la misma que expresamente ha establecido el Tribunal Constitucional y conduciría, literalmente, al "gobierno de los jueces".

2. Sobre la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 y su artículo 21.

Es a partir de las premisas antedichas como es preciso interpretar la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 y su artículo 21, en relación con el artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879. De acuerdo con dichos presupuestos, tenemos que los actos del Gobierno "de dirección política", que tienen su fundamento directo en el inciso primero del artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879 ("El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado"), sólo están sometidos al derecho administrativo en la medida en que el legislador haya establecido límites y requisitos de esa naturaleza y que sean, por ende, "judicialmente asequibles".

A lo cual hay que añadir que, como es obvio, al prever semejante regulación el legislador debe respetar los límites que la Constitución le impone.

Pues bien, me parece evidente que en lo que respecta a las potestades que derivan directamente del texto constitucional y que se corresponden con las funciones de los poderes del Estado, el legislador sólo puede imponer aquellos límites que deriven de la propia Norma constitucional, sea explícita o implícitamente. Lo contrario es asumir indebidamente una posición cuasi constituyente y afectar de manera irremediable al equilibrio de poderes y al adecuado ejercicio por éstos de sus funciones constitucionales tal como queda diseñado por la Constitución.

En particular y en lo que al Gobierno cesante respecta, el preámbulo de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 ya avanza que la regulación supone una novedad. El problema es que el Gobierno cesante se encuentra expresamente regulado en el artículo 101 de la Constitución EDL 1978/3879 y que ni allí ni en ningún otro precepto constitucional se contempla limitación expresa alguna de sus facultades, sino tan sólo la obligación positiva de continuar "en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno" y sin remisión alguna a la ley. Y resulta difícil extraer una limitación implícita al ejercicio genérico de sus potestades al Gobierno en funciones del resto de preceptos constitucionales.

Las razones de este silencio constitucional son, a mi juicio, bastante claras, y la Sentencia del Pleno menciona dos de ellas aunque sin extraer las debidas consecuencias: por un lado, la imposibilidad de que el Estado se encuentre en ningún momento con un Gobierno "limitado"; por otro, la enorme diversidad de situaciones constitucionales comprendidas bajo el concepto de un Gobierno en funciones según el artículo 101.1 de la Constitución EDL 1978/3879 (elecciones generales -con o sin cambio de mayoría parlamentaria-, dimisión -que puede ser por enfermedad y no por dificultades políticas o parlamentarias- o fallecimiento del Presidente, y pérdida de la confianza parlamentaria). A lo cual hay que añadir una tercera y decisiva razón, que es la opción de la Constitución de reservar a la dinámica de las relaciones entre los poderes constitucionales un ámbito, esencial en un régimen parlamentario, que el legislador no puede reducir ni reconducir a una decisión judicial. Es decir, que en caso de adoptar un Gobierno en funciones decisiones que la corrección política y parlamentaria aconsejaba dejar al futuro Gobierno, en defecto de previsión constitucional expresa deben ser el control parlamentario y la apelación al electorado los medios a emplear para denunciar semejante comportamiento.

La reducción de ese ámbito constitucionalmente reservado al juego político y parlamentario implicaría, llevado al límite, una renuncia de la política que socava los fundamentos del régimen constitucional democrático.

3. Sobre la ratio decidendi de la Sentencia.

Coincido con la Sentencia en que la diversidad de las situaciones de un Gobierno cesante, la duración que puede alcanzar dicha situación desde que se produce la circunstancia que provoca el cese hasta que se realiza la investidura y toma posesión del nuevo Gobierno, así como la inconveniencia de un Gobierno limitado en sus facultades, impiden por completo admitir que un Gobierno cesante pueda ver restringida en términos generales su capacidad de actuación a la adopción de acuerdos que no impliquen ningún elemento de discrecionalidad o decisión de naturaleza política.

Ello lleva, sin embargo, a la Sentencia a efectuar una interpretación de la Ley controvertida conforme a la Constitución en el sentido de que constituyen actos de "despacho ordinario de los asuntos públicos" todos aquéllos que no suponen actos de dirección política o que puedan dificultar la adopción de una nueva orientación de la política interior y exterior del Estado por parte del futuro Gobierno. Esta interpretación conduce a este Tribunal a una difícil posición en el futuro, cual es la necesidad de dilucidar en cada ocasión en que se impugne la legalidad de una decisión de un Gobierno cesante si dicho acto supone o no -al margen, claro está, de los requisitos procedimentales y reglados que puedan existir- poner en juego la dirección política del Estado o, en otros términos, si constituye un acto de dirección de la política interior o exterior del Estado en la dicción del artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879. Y tal criterio no puede formularse en términos de estricta legalidad, puesto que actos de una misma categoría (indultos, extradiciones) pueden constituir en unas ocasiones actos de dirección política del Estado por su significado concreto -por ejemplo, el indulto de una personalidad destacada en función de una decisión política de dar por zanjados hechos del pasado-, y en otras ser más bien actos de gestión o de puro trámite. Y el criterio decisivo, el significado que cada acto en concreto tenga para la dirección política del Estado y para la política y el programa del Gobierno, no es sino un juicio político stricto sensu cuya emisión pertenece plenamente al Gobierno o a las fuerzas políticas y parlamentarias, pero en modo alguno a este Tribunal Supremo.

A juicio de quien suscribe este voto particular, todo lo anterior pone de relieve que tanto la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 como la Sentencia de la que discrepo han incurrido en el error de entender que lo que no debe hacer normalmente un Gobierno cesante por razones de corrección política o, incluso, de ética política, puede prohibirlo el legislador. El legislador ha intentado matizar su prohibición con el concepto jurídico indeterminado "despacho ordinario de los asuntos públicos" y previendo la posibilidad de excepcionar la limitación cuando concurren circunstancias extraordinarias habilitantes. Este Tribunal, por su parte, ha intentado delimitar el significado de dicho concepto del "despacho ordinario de los asuntos públicos" restringiéndolo a aquéllos supuestos en los que no queda afectada la dirección de la política interior o exterior del Estado. Pero este intento conlleva nuevos problemas y, en cualquier caso, no evita la objeción fundamental, y es que el legislador, llevado por un intento loable pero profundamente equivocado, ha tratado de limitar al Gobierno del Estado en funciones la capacidad de adoptar resoluciones que pertenecen al ejercicio de la función constitucional de gobernar ex artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879 y que ésta no impide. A partir de dicha previsión del legislador, nuestra Sentencia hace asequibles al control jurisdiccional contencioso administrativo determinadas decisiones que -fuera de sus elementos procedimentales y reglados- deberían quedar fuera de dicho control.

4. Conclusión.

La conclusión de cuanto antecede es que la limitación que el legislador ha impuesto a la capacidad de actuar del Gobierno en funciones en el artículo 21.3 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 es dudosamente compatible con la Constitución, ya que ésta no restringe dicha capacidad de actuar de manera genérica ni explícita ni implícitamente, y dicha limitación sustrae al ámbito de la política del sistema democrático parlamentario toda una serie de decisiones políticas y las somete indebidamente al juicio de los tribunales.

Es verdad que la propia ley contempla la posibilidad de que actos que vayan más allá de la gestión ordinaria de los asuntos públicos puedan ser adoptados "en casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo acredite". Sin embargo es dudoso que esta previsión -por lo demás prudente- sea suficiente como para despejar las dudas de constitucionalidad del precepto. En primer lugar, porque si la restricción de las facultades de actuación del Gobierno en funciones carece de fundamento constitucional, dicha tacha no queda subsanada por la flexibilización de una limitación infundada. Así, aun cuando el precepto permite al Gobierno en funciones adoptar cualquier medida en determinados supuestos, ello no obvia el que se lo impide en el resto de casos, para los que la Constitución nada dice. Y, en segundo lugar porque, como se ha visto, el intento de efectuar una interpretación conforme a la Constitución limitando al máximo el alcance de la restricción legal, conduce a ulteriores problemas interpretativos de nada fácil solución.

La Ley 50/1997 EDL 1997/25084 añade otras limitaciones específicas en los apartados 4 y 5 del artículo 21, dirigidas expresamente al Presidente del Gobierno y al propio Gobierno respectivamente. Su examen no es pertinente aquí, puesto que dichos apartados no están en aplicación en el caso de autos. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que si bien se trata de actos de especial relevancia constitucional y política que pueden parecer claros ejemplos de lo que en la Sentencia se consideran "actos de dirección política", dista mucho de ser claro que su prohibición absoluta sea en todos los casos compatible con la Constitución. Porque de no derivar su imposibilidad de manera clara, aunque sea implícita, del propio texto constitucional, no se ve porqué determinadas decisiones que ahora legalmente han sido excluidas no podrían adoptarse en determinados supuestos nada insólitos, mediando, por ejemplo, un amplio consenso parlamentario. En definitiva, salvo en los supuestos que deriven de la propia Constitución como un elemento más de la racionalización del sistema parlamentario, también aquí se han incorporado a la ley criterios de corrección política y parlamentaria que deben permanecer en el terreno político. Y si bien es claro que lo que ha pretendido el legislador al prohibirlos es, como en el supuesto del apartado 3 del artículo 21, evitar un comportamiento desleal del Gobierno en funciones con las Cámaras y con el electorado debido a su situación de interinidad, su exclusión legal supone incorporar a la legalidad lo que debe permanecer en el terreno de la lógica política y parlamentaria.

Por todo ello creo que, estando el presente proceso circunscrito a la legalidad de la concesión de un indulto por haber sido otorgado por un Gobierno en funciones, y dependiendo la respuesta que habíamos de dar de la constitucionalidad del artículo 21.3 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084, hubiera sido procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 163 de la Constitución EDL 1978/3879 y el 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional EDL 1979/3888. Conviene advertir, por último, que aunque el fallo ha sido desestimatorio e igual destino hubiera sufrido el recurso contencioso administrativo de resultar inconstitucional el precepto aplicado, tanto el fundamento en derecho como la ratio decidendi y el propio significado del fallo desestimatorio de nuestra Sentencia hubieran sido sustancialmente diversos, por lo que entiendo que la citada circunstancia no hubiera constituido un óbice procesal para el planteamiento de la cuestión.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

D. Eduardo Espín Templado

VOTO PARTICULAR que formula, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, el Magistrado Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto, en relación con la Sentencia de la Sala de fecha 2 de diciembre de 2005, recaída en el recurso contencioso administrativo número 161/2004.

PRIMERO.- Nada que objetar a los hechos contenidos en la sentencia de la que discrepo.

SEGUNDO.- La sentencia concreta en su fundamento de derecho cuarto los términos en que se plantean las cuestiones a resolver en el presente recurso y que, como en ella se afirma, exige establecer en primer lugar cuál es el ámbito de decisión que corresponde al Gobierno en funciones, para poder después determinar si cabe dentro de él la decisión que tomó el Consejo de Ministros el 26 de marzo de 2004 consistente en la denegación del indulto solicitado por el recurrente.

El problema surge, efectivamente, porque el artículo 21 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084, que regula precisamente el Gobierno en funciones, dispone que estará sometido a las limitaciones establecidas por ese texto legal y que limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas. No habiéndose planteado, por tanto, la urgencia ni tampoco la presencia del interés general a que se refiere el artículo 21.3 de dicha Ley, se trata de saber en qué consiste ese despacho ordinario de los asuntos públicos, que se presenta como el contenido natural de las funciones del Gobierno cesante, y qué relación guarda con él el ejercicio de la facultad de indulto.

La sentencia de la que, con respeto para la opinión de la mayoría de los compañeros del Pleno de la Sala, discrepo, parte del análisis en su fundamento de derecho octavo de la función constitucional del Gobierno. En ella se afirma que la función que le corresponde no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado. Esos son los cometidos con los que el artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879 singulariza la función gubernamental y para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria.

Conviene precisar, antes de seguir adelante, que el texto de la norma que, en opinión de la sentencia, delimita las funciones que la Constitución asigna al Gobierno aparece expresado en su artículo 97, conforme al cual El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración Civil y Militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

A continuación la sentencia interpreta lo que es "el despacho ordinario de los asuntos públicos" partiendo de la base de su configuración como concepto jurídico indeterminado necesitado de concreción y afirmando que el mismo no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política. Afirma la sentencia más adelante que en pocos actos gubernamentales están ausentes las motivaciones políticas o un margen de discreción e insiste en calificar como actos de despacho ordinario de los asuntos públicos a todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión de adoptar y al concreto contexto en que deba producirse.

En el fundamento de derecho decimosegundo se insiste en las mismas consideraciones, afirmando que no es la presencia de una motivación o juicio políticos lo que excede a la gestión ordinaria de los asuntos públicos a la que se refiere ese precepto, sino la adopción de decisiones que, por su contenido en las circunstancias concretas en las que se toman, impliquen una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno.

Por último la sentencia, afirma que dado el contenido negativo, denegatorio de la concesión del indulto, la decisión del Gobierno dejó inalterados los efectos de la sentencia firme de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó al recurrente, por lo que no ha mermado las facultades del nuevo Gobierno que puede resolver lo que considere procedente sobre ese indulto si, en virtud de las normas legales que lo regulan, vuelve a ser sometido a su consideración. Y finaliza haciendo una expresa consideración sobre la circunstancia de que el indulto fue denegado junto con los solicitados en relación con otros 148 penados, habiéndose tramitado el solicitado por el recurrente en fecha de 25 de julio de 2003 con el número 86 de ese año, lo que hace que la sentencia considere que las decisiones sobre peticiones de indulto forman parte de la actividad normal del Consejo de Ministros, por lo que concluye que difícilmente cabe distinguir en ese conjunto de decisiones denegatorias una actividad de orientación política como la que hemos dicho que nuestro ordenamiento jurídico excluye de la noción del despacho ordinario de los asuntos públicos.

En conclusión de todo ello, la opinión mayoritaria ha considerado procedente desestimar el recurso y confirmar el acto recurrido.

TERCERO.- En mi opinión, discrepante del criterio de la mayoría, cuando la Ley 50/97 en su artículo 21 EDL 1997/25084 alude a que el Gobierno en funciones limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos está haciendo una apelación y referencia a lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879, en cuyo precepto la jurisprudencia, tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional, ha visto una clara diferenciación de la doble función que el Gobierno tiene constitucionalmente asignada en cuanto órgano político y cabecera de la Administración del Estado, adoptando, en el ejercicio de la función primera, decisiones estrictamente políticas y, en el de la segunda, auténticos actos administrativos. De esa distinción constitucional resulta, por tanto, que en la configuración del Gobierno en la Constitución no es que, como se afirma en la sentencia, al Gobierno se le atribuya por ésta como misión exclusiva, o al menos primaria, la dirección de la política interior y exterior y en estrecha relación con ella la defensa del Estado, puesto que con ello no se singulariza la función gubernamental, ya que al mismo corresponde también la dirección de la Administración civil y militar, sin que esta segunda función pueda entenderse -como parece hacerlo la sentencia-, como un mero instrumento para la realización de la primera, puesto que la redacción del artículo 97 en sus términos literales no responde a esa interpretación y en él se sitúan ambas funciones en plano de igualdad sin subordinación instrumental de la segunda a la primera.

El deslinde entre lo político y lo administrativo es cierto que no puede efectuarse, en términos jurídicos, en base a subjetivas apreciaciones de la motivación del órgano del que emana la decisión, y ello por cuanto la seguridad jurídica exige, y el ordenamiento jurídico además permite, establecer claras distinciones entre lo político y lo administrativo, utilizando para ello fórmulas y conceptos jurisprudencialmente consagrados.

En una primera aproximación al tema es cierto que podría entenderse que todo acto del Gobierno obedece a una motivación política, mas ello conduce, como la sentencia advierte, a entender toda decisión del Gobierno como calificable de política; por ello, a nuestro juicio, tal primaria interpretación no contiene elementos válidos que permitan identificar y conocer el significado real del concepto jurídico indeterminado que introduce el legislador para concretar el ámbito de actuación del Gobierno en funciones; y es, precisamente, esa indefinición y ambigüedad - incompatible con la seguridad jurídica exigible al intérprete-, la que nos impide aceptar la sustitución de la "motivación" por la "orientación política" como elemento definitorio de los actos excluidos de los normalmente asignables al Gobierno en funciones como comprensivos de actos relacionados con el despacho ordinario de asuntos.

La Ley del Gobierno no nos ofrece criterios que sirvan para conseguir interpretar sistemáticamente el concepto jurídico indeterminado "despacho de asuntos" añadiendo el calificativo de "ordinario", pues tan sólo cabe destacar que en esa ley se reitera dicha expresión en el artículo 13.2 de dicha ley para concretar las funciones de los Ministros suplentes, en casos de vacante, ausencia o incapacidad del titular, y que limitan también su actividad al "despacho ordinario de los asuntos de su competencia"; limitación que no se prevé para la suplencia del Presidente que regula el párrafo uno de dicha norma.

Contrariamente, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo sí contiene reiteradas referencias al "despacho de asuntos" (artículos 25.3.d), 41 y 42.3) o "despacho de los expedientes" (artículo 74.2), como concepto vinculado siempre a la tramitación de asuntos administrativos, lo que permite, en nuestra opinión, confirmar la clara vinculación

del concepto jurídico indeterminado que intentamos precisar con un mero ámbito administrativo, excluyendo por tanto el estrictamente político. Exclusión que parece resultar lógica si se tiene en cuenta que -en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 - el Gobierno en funciones tiene asignado, como objetivo último de toda su actuación, conseguir un "normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno" que ha de sucederle como consecuencia de la pérdida de apoyo parlamentario del anterior.

Entendemos, en definitiva, que ese despacho ordinario de asuntos, en función de la concreción de las funciones constitucionalmente asignadas por la Constitución al Gobierno, excluye, de antemano, cualquier acto que pudiera ser definido como político, utilizando para ello un concepto suficientemente elaborado por la doctrina de esta Sala que nos ofrece pautas o instrumentos de distinción entre lo que es la estricta función administrativa, a la que en nuestra opinión se refiere el artículo 21.3 de la Ley citada, y la función política, que, en cualquier caso, y con esa referencia al despacho ordinario de asuntos, el legislador ha excluido de las funciones a desempeñar por el Gobierno cesante, con la única excepción demandada por razones de urgencia o de exigencias del interés general, como precisa el citado precepto.

Y es que, efectivamente, existen supuestos en que, como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1990 EDJ 1990/10904, el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esa naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como administrativa. La sentencia citada hace expresa alusión a actos que, "ratione materiae", tienen la calificación de administrativos, y, como tales, sujetos a revisión por esta jurisdicción, lo que permite apuntar a la idea asimismo de actos que por razón de la materia constituyen actos políticos, excluidos por ello en principio de su revisión por la jurisdicción, salvo en lo que se refiere a los elementos reglados de los mismos, como esta Sala viene declarando.

Las citadas apreciaciones fueron sin duda tomadas en consideración en la exposición de motivos de la Ley jurisdiccional anterior cuando afirma la existencia de actos políticos que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otro la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales, y que está apuntada en el artículo 2 a) de la vigente al aludir al control jurisdiccional de los actos del Gobierno "cualquiera que fuera la naturaleza jurídica de dichos actos", lo que supone un implícito reconocimiento de la existencia de actos políticos por su propia naturaleza.

A nuestro juicio cabe, pues, deslindar claramente el acto político del acto administrativo, sin fundarse para ello ni en la motivación política ni en la orientación política del acto, lo que nos conduciría a la teoría del móvil político que sirvió en un principio en el Siglo XIX al Consejo de Estado Francés para configurar los actos de naturaleza política; teoría ésta del móvil político que, como afirma un ilustre autor, ha sido descartada a partir de 1.875 por el propio Consejo de Estado francés, que mantiene la tesis de los actos políticos o de Gobierno únicamente en cuanto se refieran a una lista concreta de materias, que la jurisprudencia posterior ha ido reduciendo, y que aparece ya desvinculada por completo del origen de aquella doctrina y comprende hoy las relaciones internacionales, las relaciones interconstitucionales del ejecutivo con los demás poderes y las cuestiones de gracia y amnistía.

Partiendo, por tanto, de la existencia de unos actos que han de ser calificados como políticos por razón de la materia, y ello con absoluta desvinculación de la motivación -o de la orientación política, lo que viene a ser lo mismo-, consideramos, que al igual que ocurre en derecho francés y según la doctrina de su Consejo de Estado, los actos relacionados con el derecho de gracia son actos esencialmente políticos que, por ello, no pueden ser comprendidos dentro de los relativos al despacho ordinario de asuntos, concepto que ha de limitarse en todo caso a los actos de naturaleza puramente administrativa, a través de los cuales el Gobierno no ejerce la función de dirección de la política interna y externa que el artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879, como órgano político, le encomienda.

CUARTO.- La razón de ser de que el indulto haya de ser incluido entre los actos políticos, y por ello, excluido de los que corresponden al mero despacho ordinario de asuntos, la encontramos en la propia calificación por la Ley de 18 de junio de 1970 del indulto como privilegio de la Corona en cuanto que supone el perdón-la gracia dice la Ley- de la pena; referencia ésta de tal importancia histórica que se utilizó incluso para denominar al departamento ministerial (Ministerio de Gracia y Justicia) al que correspondía su tramitación.

La excepcionalidad del indulto deriva de sus antecedentes históricos en cuanto en sus orígenes estaba reservado en el Derecho Romano a la máxima expresión del poder soberano constituido en la asamblea del pueblo (a través de la "provocatio ad populum") para pasar ya en la época del Imperio a ser facultad del Emperador ("indulgentia principis") y recuperarse luego, a través de la Monarquía absoluta y hasta nuestros días, como una prerrogativa de la Corona, que la Constitución vigente en su artículo 62.i define como "ejercicio del derecho de gracia".

Si algo califica, pues, al indulto desde la consideración de su origen histórico es su carácter excepcional, puesto de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley reguladora de la gracia de indulto, -seguramente el texto legal más antiguo de nuestro ordenamiento-, y ello por cuanto, a través de él, y como auténtico privilegio o prerrogativa regia, se puede privar de efectos a la decisión judicial, sin tener que precisar naturalmente la motivación de dicho acto ni rendir cuenta, con reflejo externo al menos en la decisión, de las razones determinantes del ejercicio de esa facultad, tanto si éste es positivo como si es denegatorio del indulto.

Los expuestos apuntes históricos, que nos permiten precisar la naturaleza jurídica excepcional de la institución, justifican a mi entender y sobradamente la no configuración del indulto como un simple acto administrativo, pues, si algo define el indulto es, por esencia, su carácter graciable, que naturalmente ha de distinguirse de la mera discrecionalidad, que define una determinada categoría de los actos administrativos, como ya puso de manifiesto la exposición de motivos de la anterior Ley de la Jurisdicción.

Es precisamente esta calificación del acto, positivo o negativo, como acto político lo que excluye la necesidad de motivación del mismo, puesto que dicha exigencia solamente es predicable de auténticos actos administrativos y al objeto de permitir la efectividad de la tutela judicial y la posibilidad del ejercicio del control por los Tribunales de dichas decisiones discrecionales, motivación que no es

predicable del acto de concesión o denegación del indulto, gracia o perdón que, desde luego, no aparece sujeto a norma administrativa alguna en su núcleo central, aun cuando sí existan naturalmente elementos reglados por la Ley reguladora del mismo en relación con la competencia y el procedimiento, constituyendo todo ello características configuradoras del auténtico acto político, excluido por ello y a nuestro entender de los actos de gestión relacionados con el despacho ordinario de asuntos a que se refiere el artículo 21 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 .

Lo anterior, acerca de la calificación del indulto como categoría distinta del acto administrativo, ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de esta Sala a través de su Sección Sexta recogidos, entre otras, en sentencias de 11 de diciembre de 2002 (recurso 166/2001) EDJ 2002/58658 , 27 de mayo de 2003 (recurso 1.064/2000) EDJ 2003/29855 , sentencia de 18 de julio de 2003 (recurso 128/1990), sentencia de 3 de junio de 2004 (recurso 271/2002) EDJ 2004/60730 , sentencia de 16 de marzo de 2005 (recurso 109/2004) y sentencia de 21 de febrero de 2005 (recurso 31/04) EDJ 2005/33722 ; en todas ellas se ha reafirmado la naturaleza jurídica del indulto como acto distinto y diferente del acto administrativo, clasificable por ello en la categoría de acto político por razón de la materia, y susceptible de control jurisdiccional en lo que se refiere a los elementos reglados del mismo, habiéndose insistido en esta jurisprudencia en la innecesidad del requisito de motivación, propio sólo de los auténticos actos administrativos, criterio éste que la sentencia mayoritaria parece contradecir.

QUINTO.- En base a lo anterior y por entender que el ejercicio de la facultad que el Gobierno tiene en relación con la extradición constituye, junto con el indulto, un supuesto típico de acto político en cuanto que el primero afecta a la soberanía nacional, tanto en el aspecto activo como pasivo de la extradición, pues supone el ejercicio por el Gobierno de las facultades que le corresponden como sujeto de las relaciones internacionales, la sentencia de esta Sala de 20 de septiembre de 2005, al resolver el recurso contencioso administrativo 123/2004 EDJ 2005/157202 , excluyó el ejercicio de la facultad de la extradición como facultad comprendida en el artículo 21.3 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 y consideró por ello que el Gobierno se había extralimitado en sus funciones; y tal criterio es predicable igualmente del indulto, pues tanto en uno como en otro caso se trata de auténticos actos políticos que ha de quedar excluidos de las facultades que al Gobierno en funciones atribuye dicha Ley y, por tanto, su ejercicio infringe el citado precepto. Máxime en un caso como el contemplado en el de autos en que el ejercicio en sentido negativo de la facultad de indulto fue tomado en sesión del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004, pocos días después de la celebración de las elecciones generales cuyo resultado determinó el cese del Gobierno, sin que se aprecie ni se concrete razón alguna que justifique la excepcional consideración de dichos indultos.

En nada afecta a lo expuesto el hecho de que el mismo se resolviera en sentido denegatorio ya que el ejercicio de la facultad en sentido negativo supuso la toma en consideración de la petición formulada por el condenado excluyendo la posibilidad de su concesión, lo que resultaba ciertamente relevante en cuanto a la situación penitenciaria del mismo, pues tal denegación comportaba su inmediato ingreso en prisión, y sin que existieran razones determinantes de urgencia dado que, habiéndose formulado la petición de indulto el 25 de julio de 2004, resultaba previsible la constitución del nuevo Gobierno antes de que se cumpliera el plazo de un año en que, por aplicación de lo dispuesto en la Ley, había de ser considerado desestimado el indulto por silencio.

En nada afecta tampoco a lo anterior el hecho de que el examen por el Gobierno de peticiones de indulto sea frecuente, como lo demuestra en opinión de la Sala la circunstancia de que en el Real Decreto en que se denegó al recurrente se contienen también decisiones denegatorias relacionadas con otros 148 penados, pues ello lo único que demostraría es la improcedencia de la adopción de una decisión en relación con indultos tan numerosos que, evidentemente, podían influir además directamente en la política criminal a asumir por el nuevo Gobierno, teniendo en cuenta que el hecho de que la solicitud formulada por el recurrente el 25 de julio de 2003 tuviera asignado un número de expediente 86 hace suponer que la denegación del indulto, acordada el 26 de marzo de 2004, resolvió de golpe más de la mitad de todas las peticiones formuladas en el año, razón a nuestro entender suficiente también para no justificar el examen, con resultado estimatorio o no, de la petición del indulto por un Gobierno en funciones en relación con un inusual número de solicitudes.

Es necesario precisar por último que la exclusión del indulto, como auténtico acto político, de las facultades correspondientes al Gobierno en funciones no supone, sin más, considerar que todas las demás facultades relacionadas con auténticas actuaciones administrativas hayan de entenderse conferidas al Gobierno en funciones, puesto que claramente la Ley limita el objetivo último de toda su actuación en la exposición de motivos a la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno. Ello, y la limitación que supone el empleo del adjetivo "ordinario" que emplea la ley exigirá, en relación con los actos administrativos concretos, un examen caso por caso al objeto de precisar si, efectivamente, con el ejercicio de esas funciones administrativas, en cuanto excedan de ese objetivo, y de ese "despacho ordinario" se está condicionando, limitando o impidiendo el legítimo ejercicio de las mismas por el nuevo Gobierno salido de las urnas y que será el que, al gozar de la confianza del Parlamento, pueda ejercer con plenitud la facultades que constitucionalmente le corresponden.

SEXTO.- Procedería, por lo tanto, la estimación del presente recurso y con ello la declaración de nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, sin apreciarse razones determinantes de una condena en costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

D. Agustín Puente Prieto

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005, dictada

en el recurso contencioso-administrativo número 161/2004, interpuesto por D. Víctor contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004.

Debo expresar mi discrepancia con la decisión mayoritaria del Pleno de la Sala, que considera que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004, adoptado tras la disolución de las Cortes Generales y la celebración de las elecciones generales de 14 de marzo de ese año, que acordó no conceder la gracia solicitada por el recurrente D. Víctor, es conforme a Derecho, y mi conformidad sustancial con los argumentos expuestos en el voto discrepante formulado a la sentencia, que sustentó con base a los siguientes razonamientos y fundamentos jurídicos:

Primero.- La cuestión que centra el *thema decidendi* de este recurso contencioso-administrativo consiste en determinar si el Gobierno de la Nación, cuando asume la posición constitucional de Gobierno en funciones, tiene competencia para resolver expedientes tramitados en materia de indulto, al amparo de la cláusula del artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno EDL 1997/25084, que establece, expresamente, que el Gobierno en funciones "limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas".

Muestro, particularmente, mi disidencia con la conclusión jurídica que la mayoría del Pleno de la Sala acoge, expuesta en los fundamentos jurídicos décimo y undécimo de la sentencia, en cuanto que considera que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004, por dejar inalterados los efectos de la sentencia firme de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que condenó al recurrente, no puede considerarse que haya mermado las facultades del nuevo Gobierno, puesto que puede resolver lo que considere procedente sobre ese indulto si, en virtud de las normas legales que lo regulan, vuelve a ser sometido a su consideración, porque descansa en una interpretación razonable y fundada, pero exorbitante del criterio material de atribución que subyace en el referido concepto de "despacho ordinario de los asuntos públicos" cuyo alcance se formula desvinculado del principio jurídico de "continuidad de la actividad pública necesaria", y que sólo permitiría excluir de la esfera de actuación del Gobierno en funciones aquellos actos de orientación o dirección de la política general que condicionen la acción del nuevo Gobierno, entre los que no se integra el acto denegatorio del indulto, cuyo examen de jurisdicción competencial por razón de la materia delimita el objeto de este recurso contencioso-administrativo.

Comparto el pronunciamiento que se realiza en el fundamento jurídico octavo de la sentencia de que el cese del Gobierno "priva a este de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin", pero estimo que esta declaración jurídica debe completarse significativamente, porque el círculo que delimita el ámbito de actuación del Gobierno en funciones debe trazarse con arreglo al "telos" del precepto enjuiciado, atendiendo, esencialmente, a la posición institucional de *prorogatio* del gobierno cesante, que sirve de fundamento a la restricción de sus atribuciones y funciones, y que por ello debe acoger, además, otros contenidos reduccionistas derivados de la necesidad de asegurar, exclusivamente, la continuidad de la administración ordinaria de los asuntos públicos del Estado.

Debo significar, en primer término, que la resolución del recurso contencioso-administrativo concierne a una cuestión de interpretación constitucional, y no a un mero "problema de interpretación legal", como sostiene el Abogado del Estado, al requerirse de esta Sala del Tribunal Supremo que se pronuncie sobre la extensión de las atribuciones de un órgano constitucional, titular del poder ejecutivo, el Consejo de Ministros en situación cesante, que la propia Constitución, en su artículo 101 EDL 1978/3879, no resuelve de forma explícita y concluyente, y que, por ello, necesariamente ha de ser abordada, conforme al criterio metodológico impuesto por el principio de unidad de la Constitución, desde la observancia del principio democrático (artículo 1 CE EDL 1978/3879), al producirse la fractura del principio de representatividad, que vincula la formación y continuación del Gobierno a la fiducia del Congreso de los Diputados; en el respeto a los valores de libertad, igualdad y justicia (artículo 1 CE EDL 1978/3879), por interferir la concesión de libertad de una persona penada en el principio de intangibilidad de las decisiones judiciales firmes dictadas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que se confiere, con carácter exclusivo, a los jueces y tribunales (artículo 117 CE EDL 1978/3879), y significar la quiebra del principio de igualdad en la aplicación del Derecho penal (artículo 14 CE EDL 1978/3879), y tomando, asimismo, en consideración la praxis constitucional del Estado democrático plasmada en usos o convenciones constitucionales y los precedentes del Derecho Constitucional comparado.

Atendiendo a este contexto hermenéutico, la interpretación de la cláusula limitativa de los poderes y atribuciones del Gobierno en funciones ex artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno EDL 1997/25084, acorde con el principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución, que se desprende del reconocimiento del valor de la Constitución como norma suprema que refiere el artículo 9.1 de la Constitución EDL 1978/3879, y que debe partir del enunciado prescriptivo contenido en el artículo 101 de la Constitución EDL 1978/3879, atendiendo a los principios y valores constitucionales afectados enunciados, permite inferir la siguiente directiva subconstitucional: un Gobierno en funciones, que tiene limitados sus poderes y difuminada su responsabilidad parlamentaria, no puede acordar decisiones de trascendencia política al deber limitarse, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, a asegurar, estrictamente, el regular funcionamiento de los asuntos y servicios públicos.

Esta directriz jurisprudencial, que permite delimitar de forma racional y lógica, desde la perspectiva de salvaguarda equilibrada de los valores e intereses constitucionales concernientes al funcionamiento normal del Estado en el periodo de transición que transcurre entre el cese del Gobierno y la formación de su sucesor, tiene su fundamento político-constitucional en que al Gobierno cesante, que según refiere el artículo 101.2 de la Constitución EDL 1978/3879 "continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno", se le reconoce legitimidad para ejercer sus funciones con carácter restrictivo, con el fin de asegurar las necesidades ordinarias del Estado.

Este enunciado, que delimita la posición competencial del Gobierno en funciones, se revela acorde con el sentido literal del analizado artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre EDL 1997/25084 , así como con la interpretación funcional de este precepto, al no lesionar el principio de gobernabilidad, porque su introducción como principio jurídico no supone la reducción exorbitante o arbitraria del ámbito de atribuciones que corresponden al gobierno cesante, que pudiera debilitar o erosionar la acción gubernamental destinada a asegurar los fines esenciales del Estado (artículos 97 y 103 CE EDL 1978/3879), y encuentra justificación en los precedentes del Derecho Constitucional comparado informadores de la Constitución española EDL 1978/3879 , y, significativamente en el artículo 189.5 de la Constitución EDL 1978/3879 de la República Portuguesa de 1976, que refiere que el Gobierno dimisionario "se limitará a realizar los actos estrictamente necesarios para asegurar la gestión de los negocios públicos".

Del carácter restrictivo que reviste la atribución de poderes a un Gobierno en funciones, conforme al ordenamiento constitucional, se desprende una regla o canon de interpretación constitucional, con fuerza vinculante para los órganos judiciales, cuando, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, vengán obligados a realizar el proceso de concretización de las normas constitucionales y legales que precisan y desarrollan las atribuciones gubernamentales, y tengan dudas razonables sobre la aplicación de la noción "despacho ordinario de los asuntos públicos", que impone la interpretación no expansiva de esta cláusula normativa, para preservar el principio de legalidad democrática, de modo que permita diferenciar con precisión la actuación ilícita del Gobierno en funciones cuando ejerza funciones esenciales de gobierno o de dirección de la política interior y exterior, en la dicción del artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879 u otras actuaciones asimilables por su relevancia política, en contraposición a cuando desarrolle funciones ejecutivas, que guarden relación con el ejercicio de las potestades y competencias ordinarias atribuidas a la Administración Civil, cuya superior dirección le corresponde.

Segundo.- La subsunción de esta directiva orgánica-constitucional en el supuesto enjuiciado permite afirmar que el ejercicio del derecho de gracia, que constituye una función constitucional, derivada de su encuadre normativo en el artículo 62 i) de la Constitución EDL 1978/3879 , que se atribuye al Rey como Jefe del Estado, es, por naturaleza y en abstracto, una decisión inscribible en la categoría de "actos de especial relevancia y trascendencia política", cuyo designio es autorizar al Gobierno a interferir en la actuación del Poder Judicial y que por ello, debe desestimarse que pueda engarzarse en el concepto de "despacho ordinario de los asuntos públicos" a que alude el citado artículo 21.3 de la Ley 50/1997 EDL 1997/25084 , del Gobierno, salvo que se acuerde por el Gobierno en funciones con base a justificados motivos de urgencia o cuando se acrediten razones de interés general.

En efecto, debe subrayarse el significado esencialmente político y el carácter excepcional del acto de ejercicio del derecho de gracia conforme a nuestra tradición jurídico-constitucional, objeto de regulación en la Ley provisional de 18 de junio de 1870, aprobada al amparo del artículo 73 de la Constitución EDL 1978/3879 , y en cuya Exposición de Motivos, se pronuncia contra el uso generalizado de esta prerrogativa que produciría "efectos de una derogación transitoria de la ley penal" y contra el uso irreflexivo o abusivo en la concesión de indultos particulares, de modo que la regulación responde, para respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a una "necesidad fuertemente sentida por todos los hombres honrados, que exigen con perfecto derecho que la garantía judicial de su honra, de su vida y de su fortuna, no pierda su eficacia por una compasión indiscreta y ya intolerable."

La Constitución española de 1978 EDL 1978/3879 , si bien no se ha adherido a la tesis abolicionista plenaria de esta manifestación del derecho de gracia, que, por contradecir el principio democrático de separación de poderes, se acoge en el Código Penal EDL 1995/16398 , aprobado por la Asamblea Constituyente francesa de 25 de septiembre/6 de octubre de 1791, o a la corriente abolicionista parcial, que informa la Ley de las Cortes Constituyentes españolas de 9 de agosto de 1873, mantiene su carácter excepcional y limitado, al prohibirse la autorización de indultos generales, y su condición de acto eminentemente político, en cuanto que el ejercicio de esta prerrogativa regia supone la derogación con efectos retroactivos de la aplicación de la norma penal por los tribunales de justicia, que se justifica como un remedio en algunos casos extraordinario para procurar la convivencia social y tratar de responder a las necesidades de corrección de la Administración de Justicia.

La relevante extensión de la competencia jurisdiccional de los tribunales penales españoles para conocer de la persecución y sanción de los delitos relevantes para la comunidad internacional como los delitos de genocidio o terrorismo, que propugna la sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 27 de septiembre EDJ 2005/139882 , en una interpretación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 conciliable con el principio de jurisdicción universal y conforme al derecho a la tutela judicial efectiva, es exponente paradigmático de la esencialidad y trascendencia política que informa el ejercicio del derecho de gracia, que no puede integrarse en la noción de "despacho ordinario", o en el concepto de "affaire courante" que constituye un principio jurídico que delimita las competencias del Gobierno en funciones, en el Derecho público francés.

Y debe, asimismo, enfatizarse la naturaleza política trascendente de entre las decisiones que corresponde al Gobierno adoptar ex artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879 , porque afecta al principio de división de poderes, que constituye la base axial del Estado democrático de Derecho, que se configura en el artículo 1 de la Constitución EDL 1978/3879 , y porque el ejercicio de esta prerrogativa de gracia, aún aplicado con carácter singular, al no deber obedecer a meras consideraciones subjetivas del órgano decisor, supone un desarrollo de las políticas de seguridad pública y una concreción de la política criminal, que puede condicionar y comprometer decisivamente la acción del futuro Gobierno, y por ello debe, necesariamente, someterse sin restricciones al control parlamentario, al tener limitada su fiscalización plenaria en sede jurisdiccional.

Tercero.- Por cuestionarse en este recurso contencioso-administrativo la competencia del Consejo de Ministros en funciones, cuya valoración y apreciación constituye un requisito procedimental previo determinante de la regularidad del ejercicio de la facultad de indulto y condicionante de su validez, con independencia del sentido de la decisión, no puede asociarse el rechazo de este motivo de nulidad, invocado por el recurrente, a que las resoluciones de indulto sean denegatorias, por entender que en este supuesto no se alteraría la situación del penado ni se interfiere en el pronunciamiento de los jueces y tribunales, de conformidad con la interpretación constante

de esta Sala de los artículos 12 y 62.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 .

La incompetencia del Consejo de Ministros, al constituir un vicio esencial del acto del Gobierno no susceptible de convalidación, determina la declaración de invalidez del acuerdo impugnado conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno EDL 1997/25084 , y en el citado artículo 62.1 b) de la Ley procedimental común. Cuarto.- Y en este sentido, reiterando mi respeto a la opinión mayoritaria del Pleno de la Sala, considero que procedería, en consecuencia, de conformidad con los parámetros jurisdiccionales expuestos, al no haberse acreditado por el Gobierno la urgencia, ni que concurran razones de interés público que justifiquen su adopción, estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por D. Víctor contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004, y declarar la nulidad radical del referido acuerdo gubernamental por no ser conforme a Derecho.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MANUEL VICENTE GARZON HERRERO A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DIRECTO 161/2004.

PRIMERO.- La descripción sustancial de los hechos que sirven de fundamento a la sentencia de la que discrepo es breve y sencilla. El día 26 de marzo de 2004 el gobierno en funciones deniega, sin motivación, aproximadamente, ciento cincuenta indultos. Uno de los afectados interpone recurso contencioso con una única alegación. El órgano que resolvió el recurso, el gobierno en funciones, es radicalmente incompetente para adoptar la decisión cuestionada.

La controversia judicial es, pues, clara: decidir si un gobierno en funciones puede denegar un indulto.

El método que me propongo seguir es: Primero, desde un punto de vista formal, analizar las facultades de un "gobierno en funciones"; luego, determinar cual es la naturaleza del acto de concesión o denegación de indulto, a fin de resolver si desde una perspectiva sustantiva la concesión o denegación del indulto es una atribución del "Gobierno en funciones".

SEGUNDO.- Respecto a la primera de las cuestiones, es decir, el aspecto formal de las facultades que corresponden al "Gobierno en funciones" ha de partirse, como no podía ser de otro modo, del análisis de los textos legales que regulan al "Gobierno cesante" artículo 101.2 C.E EDL 1978/3879 ., y Título IV, artículo 21 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre sobre Organización EDL 1997/25084 , Competencia y Funcionamiento del Gobierno, así como los textos relevantes que en la Constitución regulan el Derecho de Gracia, artículo 62 i) del texto constitucional.

El precepto a interpretar es el artículo 21.3 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre EDL 1997/25084 que establece:

"El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas."

En mi opinión es obvio que este texto esta exigiendo una interpretación restrictiva de las facultades del Gobierno en funciones porque la esencia de su misión es "facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes". En lo demás, todos los contenidos son restrictivos, las expresiones "limitará","despacho ordinario" y "absteniéndose de adoptar""cualquier""otra medida" obligan a entender que el legislador, queriendo o sin querer, ha regulado un Gobierno en funciones con potestades y facultades que en ningún caso pueden equipararse a las del Gobierno de la Nación, y ello pese a la excepción hecha para los casos de "urgencia", o "interés general", ambos debidamente acreditados.

¿Qué alcance tiene entonces la expresión despacho ordinario que, contiene el artículo 21.3 del texto legal invocado ?.

Desde luego ha de excluirse que con ella se refiera la ley sólo a los actos de "trámite". En mi opinión no ofrece duda que dicho texto permite que el Gobierno en funciones lleve a cabo, además de los actos de trámite, como regla general, los actos típicos de la función administrativa tales como: autorizar, sancionar, contratar, expropiar, etc., siempre dejando a salvo que cuando estos actos tengan especial trascendencia el Gobierno cesante sólo podrá decidir sobre ellos si concurren las circunstancias de "urgencia" e "interés general" que dicho precepto exige, cuya concurrencia podrá ser discutida mediante el recurso pertinente.

La cuestión esencial radica en decidir si el indulto se integra o no en la función generalmente denominada administrativa. En mi opinión, y ahora sólo desde el punto de vista formal, claramente no. Desde esta perspectiva formal el ejercicio del Derecho de Gracia es una prerrogativa regia regulada en su artículo 62 i) de la C.E EDL 1978/3879 . Me parece que no hay posibilidad de incardinar ninguno de los actos que en dicho precepto se mencionan con lo que constituye el "despacho ordinario" de los asuntos, a que se refiere el artículo 21.3 de la Ley 50/97 EDL 1997/25084 .

Este planteamiento estrictamente formal permite rechazar dos argumentaciones que se utilizaron en el Pleno. La primera referida a la necesidad de distinguir entre las diferentes hipótesis que dan lugar a la situación del "Gobierno en funciones", lo que comportaría que según en qué hipótesis de Gobierno cesante se produjese la decisión discutida las competencias de éste serían distintas.

El sólo enunciado de la cuestión demuestra la necesidad de su rechazo. La competencia del "Gobierno cesante" es la que es, con independencia de la causa que haya provocado esa situación. Lo que sucede es que los términos abiertos en que está redactado el artículo

21.3 permiten un cuestionamiento en distinto grado de las resoluciones dictadas por el "Gobierno cesante" en función de la causa que ha provocado llegar a ese estado. Pero esta formulación sitúa la cuestión litigiosa fuera del ámbito competencial que es donde el litigio está planteado.

La segunda argumentación sostenía que no se podían imponer al Gobierno en funciones otras limitaciones de las que al efecto se encuentra constitucionalmente establecidas.

Esto es verdad, lo que sucede es que la constitución de una parte afirma que el Gobierno "cesa" tras la celebración de elecciones generales, y, de otra, que "el Gobierno está en funciones" y la Constitución nada dice sobre las competencias del Gobierno en esta situación. No parece, pues, que de la Constitución se puedan extraer facultades o limitaciones del Gobierno en funciones, cuando nada se regula en ella sobre ese punto. Tampoco, y derivado de esta falta de regulación, se puede hablar de inconstitucionalidad del texto del artículo 21 de la Ley 50/97 EDL 1997/25084 .

El sistema democrático español descansa sobre la base de que el gobierno tiene la "confianza parlamentaria". En el Gobierno en funciones no existe esa confianza parlamentaria, por lo que razones básicas de orden constitucional, y otras de derecho positivo, ya citadas, abogan por una interpretación restrictiva de las facultades del Gobierno en funciones.

Este planteamiento es el que me obliga a discrepar de la sentencia mayoritaria cuando afirma que el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse.

(Por cierto, la Constitución no ordena en el artículo 101.2 que el gobierno cesante siga ejerciendo las funciones propias de dicho ente -así se dice en el apartado dos del fundamento quinto de la sentencia mayoritaria-. Lo que la Constitución establece es otra cosa muy distinta, aunque fonéticamente muy parecida, el gobierno cesante "continuará en funciones".).

Precisamente porque se carece de confianza parlamentaria es por lo que no es posible llevar a cabo ni "nuevas políticas" ni "las viejas políticas" del gobierno cesado. Si así fuere ¿qué relevancia tiene el cese del gobierno?, ¿qué legitimidad tendrían esas decisiones políticas sin disponer de la confianza parlamentaria?.

En mi opinión los actos prohibidos al gobierno en el artículo 21 de la Ley 50/97 EDL 1997/25084 son actos prohibidos en todo caso, para los que no caben las excepciones previstas en el artículo 21.3 de la citada Ley. En definitiva, el gobierno en funciones tiene vedados, en todo caso, los actos que el artículo 21 de la Ley 50/97 EDL 1997/25084 prohíbe y los de dirección política; una segunda categoría serían los actos ordinarios constitutivos de la función administrativa cuya realización le está permitida, y, finalmente, los actos de esta naturaleza administrativa de especial relevancia, también serían de su competencia, por razones de urgencia e interés público debidamente justificadas.

Es visto, por tanto, que las razones formales expuestas impiden considerar que el "otorgamiento o denegación del Derecho de Gracia" puede integrarse en el concepto de despacho ordinario de asuntos a que el artículo 21.3 de la Ley 50/97 EDL 1997/25084 se refiere.

TERCERO.- La otra cuestión es el análisis del Derecho de Gracia desde el punto de vista sustantivo.

Desde esta perspectiva, me propongo examinar la naturaleza ontológica de este derecho, para, a su vista, decidir sobre su incardinación, o, no, en el "despacho ordinario" de asuntos a que se refiere el artículo 21.3 de la Ley.

Este análisis voy a hacerlo de la mano del legislador de 1870 quién, en la Exposición de Motivos de la Ley 18 de julio de 1870 modificada por la Ley 1/1988 de 14 de enero EDL 1988/10757 , efectúa diversas consideraciones sobre la naturaleza de ese derecho de indulto.

El legislador empieza justificando la necesidad de regular el ejercicio de gracia de indulto en que su mal uso afecta a:

"... la recta Administración de Justicia, el prestigio de los Tribunales, la moralidad y orden público.". Añade que su regulación pretende satisfacer la necesidad fuertemente sentida de quienes exigen con perfecto derecho que:

"la garantía judicial de su honra, de su vida y de su fortuna, no pierda su eficacia por una compasión indiscreta y ya intolerable". Sigue afirmando que las gracias generales producen los efectos "de una derogación transitoria de la ley penal".

Explica en la memorable exposición de motivos que la regulación que se propone se dirige a "evitar los males consiguientes a la facilidad exagerada e irreflexiva en conceder las gracias de esta clase".

Después de describir la estructura de la ley advierte que:

"El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social. Por esto se prohíben en absoluto y se declara la nulidad de los que se concedan en términos generales y sin determinar la pena que se remite. Los indultos de este modo concedidos llevarán en sí mismos la prueba más incontrovertible de la ligereza o de la irreflexión con que habrían sido otorgados.

Por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia. Esta sola indicación es suficiente para demostrar cuán necesario es alejar hasta la sombra de la duda sobre los efectos que ha de producir la

gracia que se otorgue. En esta necesidad se halla el fundamento de lo prescrito en los arts. 6, 8, 13, 14, 15, 16 y 18 del proyecto.", y termina este punto afirmando que el indulto una vez concedido "debe tener toda la fuerza de una sentencia ejecutoria".

Al comentar el procedimiento de concesión que se establece afirma con palabras categóricas:

"Para pedir el perdón de un semejante, todo ciudadano, todo hombre, está suficientemente autorizado. Nadie, pues, necesitará poder escrito para satisfacer los impulsos de su piadoso corazón. El hombre siempre tiene para hacer el bien poder bastante de Dios. Los mismos Tribunales, al cumplir la severa misión de aplicar la ley, y aun el Fiscal encargado de pedir su cumplimiento, podrán proponer el indulto del sentenciado cuando crean que la justicia o la equidad pueden sufrir agravio por el inflexible rigor del precepto escrito."

Pero inmediatamente después, con un rigor insuperable, conforma un procedimiento de concesión de indulto al que necesariamente acompaña la reflexión y la ponderación de los bienes jurídicos en liza al proclamar:

"Mas, si debe ser ilimitada la libertad de pedir, es necesario poner fuertes trabas a la de conceder el indulto. Por esto no podrá otorgarse desde luego y sin que antes sean conocidos todos los hechos y circunstancias, así como la opinión del Tribunal que haya sentenciado al reo y la del Consejo de Estado.

Ilustrado así el Gobierno, no son de temer las consecuencias de la precipitación y ligereza en tan delicada materia.

Y para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional."

Y termina, coronando esa ponderación de intereses en conflicto que todo el texto rezuma, afirmando:

"Es altamente necesario que el indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, y sin el cual se haría imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba, de la misma mano que le impuso la pena, el beneficio del perdón que se le otorgue."

Hasta aquí el legislador.

Pues bien, si todo esto es así, y los bienes jurídicos implicados en su concesión del indulto son los citados: garantía judicial, vida, honra y patrimonio de las personas, si el indulto es en unos casos una derogación de la ley penal, y, en otros, una especie de "contrasentencia", si el procedimiento se destina a evitar la irreflexión adornándola de toda clase de garantías y limitando su concesión al Gobierno de la Nación, si todo esto es así, repito, me parece que es obligado concluir que se está en presencia de un acto que no conforma el despacho ordinario de asunto del gobierno.

Si, además, dicho acto es un acto del Rey en el artículo 56 i) de la Constitución EDL 1978/3879, aunque sea un acto debido, me parece que es imposible su tratamiento como un acto de despacho ordinario.

Desde un punto de vista práctico me resisto a aceptar, que la concesión de un indulto a un delincuente cuyos delitos hayan causado gran conmoción en la opinión pública, o, a los miembros de una organización que haya traído en jaque durante años a la sociedad, pueda ser considerada como una cuestión de despacho ordinario de asuntos. Son tantas las consideraciones políticas, jurídicas y sociales que están en juego en el otorgamiento del indulto, a las que el legislador de 1870 se refiere y que he transcrito, que me resulta imposible asumir la tesis mayoritaria en el sentido de que se trata de un asunto de despacho ordinario.

Si aceptamos que en un sólo supuesto la competencia para decidir sobre el indulto no corresponde al "Gobierno en funciones" hay que concluir que ello se debe a que carece de esa atribución, pues la competencia, o se tiene, o se carece de ella. Es una prerrogativa de hondo calado político y constitucional, esencia que no se pierde por el uso inmoderado y trivialización de esta potestad por parte de los gobiernos.

Sentada la conclusión precedente, quiero salir al paso de la afirmación tendente a distinguir la decisión de indultar según que el acto final sea denegatorio, o, de otorgamiento. Evidentemente que desde un punto de vista finalístico el enjuiciamiento de una y otra decisión merecen distinto tratamiento. Pero el problema aquí planteado es de otra naturaleza. La cuestión a decidir es si el "Gobierno en funciones" es competente o no para decidir la solicitud de indulto y con independencia de su contenido, pues parece evidente que no puede afirmarse que es competente para su denegación y no lo es para la concesión.

Quizá late en la posición mayoritaria, a efectos de considerar que la Concesión de Indulto configura el "despacho ordinario" de asuntos, la realidad de la concesión o denegación, en masa, de indultos. El que esta gracia, pese a las cautelas del legislador, se haya convertido en una hecho ordinario y trivial, de uso inmoderado por parte de los sucesivos gobiernos y así viene siendo desde hace muchos años, no modifica la esencia del indulto, que trasciende la de un acto de despacho ordinario tanto por razones formales como materiales, según ya he razonado.

CUARTO.- Respecto a la hipotética contradicción entre esta sentencia y la dictada por la Sección Sexta el 20 de septiembre de 2005 EDJ 2005/157202, no ofrece dudas, para mí, tal contradicción. La afirmación que se hace en la sentencia de la que discrepo en el sentido de que lo que le está vedado al "Gobierno en funciones", es la decisión de asuntos que impliquen "nuevas orientaciones políticas" no me parece conciliable con la contenida en la sentencia de 20 de septiembre de 2005, en la que se afirma que el despacho ordinario

es la "gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza".

Ciertamente, esta modificación de criterios, en sentencias tan cercanas en el tiempo, y de modo consciente, es preocupante, pero no es infrecuente, pues ya se hizo en la sentencia del Pleno de 20 de septiembre de 2005 EDJ 2005/157202 al modificar criterios previos y consolidados sobre la suspensión de las sanciones tributarias.

QUINTO.- Un mérito adorna, sin embargo, a la sentencia de la que discrepo y que me interesa mucho subrayar. En adelante, nadie más, con mínima legitimidad, podrá acusar de corporativa a la judicatura. No de otra manera puede entenderse el hecho de que la Sala III, en Pleno, sostenga que puedan ser dejadas sin efecto ciento cincuenta sentencias, y, además, por un Gobierno en funciones. Tan rotunda minusvaloración de lo que constituye la esencia de la función judicial, proclamada por los propios jueces, ha de servir para que se destierre el temor acerca de la existencia de ese denostado corporativismo.

Sucede, sin embargo, que este patente efecto positivo se ha conseguido a costa de enunciar doctrinas que, en mi opinión, pueden afectar gravemente a la convivencia social. De este modo la ventaja puesta de relieve sería mejor (otra vez en mi opinión) que nunca se hubiera producido y que la judicatura siguiera soportando y asumiendo la imprecación de corporativismo, lanzada siempre desde un profundo desconocimiento de su comportamiento.

Por todo lo expuesto el recurso directo debió ser estimado.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formulan, los Magistrados, Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez, Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí, y la Magistrada Excmo. Sra. D^a Margarita Robles Fernández al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate y Excmo. Sr. D. Emilio Frías Ponce a la sentencia dictada en el recurso de casación número 161/04.

Para disentir de la opinión mayoritaria de los Magistrados de la Sala al considerar que el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de D. Víctor contra Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004, en el que se le denegaba la concesión del indulto solicitado debe ser estimado con base en las siguientes consideraciones.

PRIMERO.- El art. 62.i) de la Constitución EDL 1978/3879 establece que corresponde al Rey "ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley que no podrá autorizar indultos generales".

La ley reguladora del ejercicio de la Gracia de Indulto de 18 de junio de 1.870, modificada posteriormente por Ley 1/1988 de 14 de enero EDL 1988/10757, en su Exposición de Motivos toda ella presidida por la idea y prevención de evitar una concesión abusiva de los indultos, decía expresamente "El indulto no debe concederse sino 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". Igualmente se decía:

"Y para asegurar aún más si cabe el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución, en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones, que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional". Este requisito de motivación desaparece con la reforma de 1988 congruentemente con la naturaleza de acto graciable, distinta de la de acto discrecional, del indulto.

El legislador al regular el indulto partía de la necesidad de que se tomasen las prevenciones necesarias, para evitar que las resoluciones judiciales pudiesen verse de alguna forma sorteadas por la actuación del Poder Ejecutivo, por lo que en la misma Exposición de Motivos se decía:

"Es altamente necesario que el indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio que deben gozar siempre los Tribunales, y sin el cual se haría imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba, de la misma mano que le impuso la pena, el beneficio del perdón que se le otorgue". La preocupación que se pone de manifiesto es perfectamente actual en cuanto el indulto supone una intromisión del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial.

No cabe duda de que las concesiones o denegaciones de indultos pueden constituir junto con otras medidas y actuaciones, instrumentos de política criminal de los gobiernos. El propio art. 4.3 del Código Penal EDL 1995/16398 permite incluso a los Tribunales sentenciadores dirigirse al Gobierno de la Nación en solicitud de indulto, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley, resulte penada una acción u omisión, que a juicio del juez o Tribunal no debiera serlo o cuando la pena sea notablemente excesiva en la prescripción legal, lo que permite en tales supuestos al Gobierno por la vía del indulto, resolver posibles divergencias apreciativas entre los Poderes Judicial y Legislativo.

En la reciente historia de nuestro país, determinadas concesiones y denegaciones de indulto han tenido claras repercusiones políticas, tanto en el ámbito de la lucha antiterrorista entre otras, como en relación a cuestiones de relevancia social, como fueron, a título de ejemplo, las referentes a delitos relativos a la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar. Del mismo modo en momentos históricos de permanente actualidad, determinadas denegaciones de indulto en el año 1975, en relación a penas de muerte que no fueron

conmutadas, comportaron problemas en el ámbito de las relaciones internacionales y conflictos diplomáticos con la Santa Sede y otros países.

El evidente contenido y relevancia política de la valoración para conceder o denegar un indulto en tales supuestos, que se recogen sin ánimo exhaustivo, deviene patente y manifiesto, y hace imposible entender que se trataba de actos de gestión ordinaria ya que además de la motivación política que los presidía constituyen la clara manifestación de una concreta dirección política en cuestiones referidas a temas tan esenciales como lo son la Seguridad del Estado o la defensa nacional.

Por lo que se refiere a la posición jurisprudencial en relación al indulto esta Sala en reiteradísimas Sentencias (valgan por todas la de 21 de febrero de 2005, Recurso Ordinario 31/2004) EDJ 2005/33722 ha señalado:

"en relación con el procedimiento que ha de seguirse para la tramitación de las solicitudes de indulto -y que se encuentra regulado en la Ley de 18 de junio de 1870, en la redacción dada por la Ley 1/1988, de 14 de enero EDL 1988/10757 - la potestad de enjuiciamiento de este Tribunal Supremo queda limitada al control del estricto cumplimiento de los aspectos formales del mismo y, en particular, en lo que respecta a la solicitud y emisión de los informes preceptivos (artículos 19 a 32 de dicha ley).

En este sentido, la doctrina de este Tribunal Supremo es constante. Así, entre otras muchas, en la sentencia de esta misma Sala y Sección de 27 de mayo del 2003 EDJ 2003/35201 en la que - como es aquí el caso- se examina un reproche de legalidad por falta de motivación, dijimos esto:

Esta Sala y Sección en sentencia de 21 de mayo de 2001 EDJ 2001/32934 ha declarado que:"El control que esta jurisdicción contencioso-administrativa puede ejercer sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración, concretamente a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, lo que en este caso se ha cumplido, efectivamente. Dichos informes son preceptivos pero no vinculantes, y de aquí que entre dentro de la libertad estimativa del Consejo de Ministros el aceptar o discrepar de los mismos, y esto último es lo que aquí ha ocurrido. Pero ello entra ya dentro del ámbito de la política penitenciaria, materia que, por su misma naturaleza, escapa al control de esta jurisdicción administrativa.

Y, anteriormente, en la sentencia de 11 de diciembre del 2002, (recurso 166/2001) EDJ 2002/58658 dijimos también esto: El indulto, stricto sensu, no es un acto administrativo, ni menos un acto cuasi-reglado como pretende el recurrente, pues el ejercicio del derecho de gracia constituye una facultad potestativa no susceptible de ser combatida ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, salvo cuando, según ya indicamos, se incumplan los trámites establecidos para su adopción."

Del mismo modo la Sentencia de la Sección Sexta de esta Sala de 11 de diciembre de 2002 EDJ 2002/58658 dice:

"Ciertamente, la concesión del indulto constituye, según el citado precepto, una consecuencia de la prerrogativa real de gracia, de suerte que su concesión o denegación se conforma como un acto no sujeto al derecho administrativo"

Mas concretamente y por lo que se refiere a la exigencia o no de motivación en relación al indulto, haremos referencia a múltiples sentencias de esta Sala, así la Sentencia de 16 de febrero de 2005 EDJ 2005/71688 recogiendo otras muchas anteriores dice:

"Conforme recuerda la Sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 2003 EDJ 2003/35201 compete al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley, cuyo ejercicio está regulado por la Ley de 18 de junio de 1.870 modificada por Ley 1/1988 de 14 de enero EDL 1988/10757 , constituyendo el ejercicio de dicho derecho de gracia un acto controlable en vía jurisdiccional, como hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que es ejemplo la Sentencia de 3 de junio de 2004 (recurso 261/2002) EDJ 2004/60730 , exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como ya declaramos en Sentencia de 21 de mayo de 2001 EDJ 2001/32934 , el control que esta jurisdicción contencioso administrativo pueda ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración.... Sin que, por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de septiembre de 2002 EDJ 2002/35649 resulte aplicable en el presente recurso..., por lo que cabe concluir que la exigencia de motivación que invoca el recurrente con la cita de la indicada sentencia está referida a un auténtico acto administrativo sujeto a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 , a diferencia de lo que ocurre con el acuerdo negatorio de la concesión de indulto que constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala."

SEGUNDO.- Ciertamente el referido art. 101 de la Constitución EDL 1978/3879 , no establece en ese concreto artículo limitaciones a la actuación de un Gobierno en funciones, pero las reglas interpretativas del derecho constitucional hace ya razonable entender que la situación de un Gobierno en funciones y más cuando ha perdido la confianza de la ciudadanía en unas elecciones generales, no puede traducirse en una idéntica situación a la del mismo Gobierno cuando gozaba de la plena legitimidad que dan las urnas.

No está de más tener en cuenta lo que la Ley 50/97 de 27 de noviembre EDL 1997/25084 dice en su Exposición de Motivos.

El Título IV se dedica exclusivamente a regular el Gobierno en funciones, una de las principales novedades de la Ley, con base en el principio de lealtad constitucional, delimitando su propia posición constitucional y entendiendo que el objetivo último de toda su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno."

Por lo que se refiere a la regulación del Gobierno en funciones, constituye una de las principales novedades de la Ley 50/97 EDL 1997/25084 , tendente a desarrollar el art. 101 de la Constitución EDL 1978/3879 .

En la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, como hemos visto, dos fueron las ideas básicas en torno al Gobierno en funciones, a saber, que su actuación debía estar siempre incardinada dentro del principio de lealtad constitucional y que como dice la

Exposición de Motivos de la ley el objetivo último de toda su actuación radica en la "consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno".

Cuatro fueron las enmiendas que en sede parlamentaria se tramitaron en relación con el art. 21 del Proyecto de ley, presentadas por el Grupo Popular, Coalición Canaria y Convergencia i Unió, las cuales fueron íntegramente aceptadas por la Ponencia e incorporadas al texto, que fue aprobado por unanimidad. Mención especial merece lo que afecta al párrafo 3º en el que se incluyó la posibilidad de adoptar otras medidas diferentes a las conducentes al traspaso de poderes en "casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general, cuya acreditación expresa así lo justifique".

En la regulación del art. 21.3 al fijar los límites a la actividad del Gobierno en funciones, se contemplan tres grupos de actuaciones: las tendentes al normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes; el despacho ordinario de los asuntos públicos y las derivadas de la dualidad urgencia o interés general.

Resulta evidente que el enfoque a realizar en relación a la concesión o denegación de indulto, es determinar si los pronunciamientos tomados por el Gobierno en el ámbito del ejercicio del derecho de gracia pueden reputarse como "despacho ordinario de los asuntos públicos".

A tal fin resulta conveniente precisar qué debe entenderse por despacho ordinario.

El despacho ordinario, a que se refiere el art. 21.3 de la Ley 50/97 EDL 1997/25084 no puede identificarse con los conceptos de "administración ordinaria" (Italia) y los "asuntos corrientes" (Francia). Los Magistrados que suscriben este voto particular, se sitúan en la línea de quienes después de precisar que un Gobierno en funciones no puede tomar las decisiones políticas o de impulso que tomaría de no haber cesado, razonan que su margen de actuación se conformaría por una serie de atribuciones que podrían encuadrarse dentro del concepto de administración o de "continuidad de la actividad pública necesaria" y siempre con el objetivo último de la consecución, en línea con lo recogido en la Exposición de Motivos de la Ley, de un normal desarrollo del traspaso de poderes al nuevo Gobierno y más cuando el nuevo Ejecutivo va a ser de signo político diferente.

TERCERO.- El contenido del artículo 21.3 de la Ley 120/97 no es extraño en derecho comparado y así tenemos textos similares en la Constitución de la IV Republica Francesa y la actual Constitución portuguesa. La primera función del Gobierno en funciones es facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes para que el nuevo Gobierno pueda iniciar de inmediato, tras su toma de posesión, el desarrollo de un programa electoral mediante el ejercicio de la acción de gobernar. Ya hemos dicho que la idea de despacho ordinario no coincide con los de asuntos corrientes o administración ordinaria que usan Derecho Francés e Italiano ya que estas incluyen las actuaciones urgentes, en tanto que en la Ley 50/97 EDL 1997/25084 no forman parte del despacho ordinario como lo demuestra el hecho de que se haga referencia expresa a las razones de urgencia para el ejercicio de funciones ajenas a dicho despacho ordinario.

La Ley 50/97 EDL 1997/25084 tiene su razón de ser en que el Gobierno en funciones resulta incompatible con la idea de ausencia total de límite en el ejercicio de las funciones de gobierno, por cuanto esa ausencia es incompatible con el respeto a los principios esenciales de nuestro sistema democrático de naturaleza parlamentaria y esa es precisamente la razón que justifica la constitucionalidad de la Ley.

La Ley 50/97 EDL 1997/25084 a la hora de establecer esos límites optó para la judicialización sin duda por la insuficiencia de los controles parlamentarios, así se infiere de la exposición de motivos cuando habla de lealtad constitucional, sin duda pensando en que tras las elecciones hasta la constitución de las nuevas Cámaras solo funciona la Diputación Permanente y esta no tiene específicas funciones de control del Gobierno en funciones conforme al artículo 78 de la CE EDL 1978/3879 .

La Ley del Gobierno en funciones es evidentemente una norma limitativa que responde a los principios esenciales de nuestro sistema democrático de naturaleza parlamentaria y que parte de la idea de representatividad en que se funda la legitimidad de los órganos políticos.

Para resolver lo que ha de entenderse por despacho ordinario nos parece esencial en primer lugar afirmar que no compartimos la tesis mayoritaria de que la función de Dirección de la Administración es un instrumento al servicio de la Dirección Política y la Defensa del Estado. Las tres funciones dirección de la política interior y exterior, dirección de la Administración y defensa del Estado son situadas en la Constitución como funciones del Gobierno sin subordinación de una a otra, por tanto es función del Gobierno tanto la dirección de la política interior y exterior como la dirección de la Administración y la defensa del Estado. Las tres son funciones esenciales e interrelacionadas entre si, de tal manera que las dos primeras deben responder a la finalidad de defensa del Estado. El funcionamiento de la Administración, sin perjuicio de los principios de objetividad al servicio de los intereses generales y sometimiento a la Ley y al Derecho que proclama el artículo 103, ha de servir para la obtención de los objetivos establecidos por la política interior y exterior. La dirección política debe facilitar el cumplimiento por la Administración de los principios establecidos en el artículo 103 de la Constitución EDL 1978/3879 .

No creemos en consecuencia que pueda sostenerse que las funciones del Gobierno se concretan solo en la dirección de la política y la defensa del Estado prescindiendo de la dirección de la Administración que le encomienda así mismo el artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879 .

No vamos a entrar aquí en el análisis de la distinción entre acto político y acto administrativo. La cuestión esta suficientemente resuelta por la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina del Tribunal Constitucional, haciendo alusión expresa ésta última a actos administrativos por razón de la materia, lo que permite inferir como consecuencia la existencia de actos estrictamente políticos, y también se apunta tal distinción en el artículo 2.º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Ahora bien, entendemos que no es suficiente la distinción entre actos políticos y actos administrativos, dentro de estos hay que

diferenciar también actos administrativos ordinarios, y por tanto sin contenido o valor político, y actos administrativos que no pueden ser considerados ordinarios en cuanto implican una opción con contenido o valor político.

Por otra parte, el concepto de despacho ordinario surge de la idea de que la labor de la Administración debe continuar cualquiera que sea la situación del Gobierno, por tanto también en la de Gobierno en funciones, para la salvaguardia del interés general, garantizándose así la continuidad de la actividad pública necesaria. Es evidente que, en consecuencia, quedan fuera del despacho ordinario, las decisiones que afectan a la dirección política. Esta aparece condicionada a la plenitud del Gobierno apoyada en una mayoría parlamentaria, en tanto que la idea de despacho ordinario responde a la satisfacción de intereses generales y permanentes, de modo que por despacho ordinario habrá de entenderse el conjunto de actos encaminados a la consecución de fines objetivos, generales y permanentes, quedando, por tanto, excluidos los actos políticos que incidan en la línea política del Gobierno y los actos administrativos que pueda tener por su contenido incidencia similar.

Se encuadra también en la idea de despacho ordinario las decisiones de pura gestión administrativa, es decir aquéllas que responden a la actividad cotidiana de la Administración y que por tanto están ausentes de análisis o valoración por el Consejo de Ministros que se limita a aprobarlas, así como las decisiones que son consecuencia de otra anterior e improrrogable, para una eficaz gestión del servicio público, es decir funciones de ejecución y administración.

Es cierto sin embargo, que no cabe identificar la idea de despacho ordinario con la mera administración o ejecución, y por tanto con la de actos administrativos. La multiplicidad de situaciones y contextos que se pueden presentar imposibilita esta identificación, piénsese en la decisión de ejecución de las obras públicas incluidas en un Plan General aprobado por una decisión política del Gobierno anterior no compartida por el partido que ha ganado las elecciones y que se aparta abiertamente del programa político de éste.

Lo anterior nos lleva a disentir de la afirmación que se contiene en la sentencia de instancia en el sentido de que sólo lo que supone dirección política con mayúsculas esta vedado a un Gobierno en funciones y que por tanto no lo están los actos políticos en sentido estricto y los administrativos no susceptibles de ser calificados como de despacho ordinario en cuanto comportan contenido o valor político fruto de una valoración de esa naturaleza, salvo claro está razones de urgencia o interés general debidamente acreditadas. No cabe aceptar que corresponda a un Gobierno en funciones aquellas de carácter administrativo que condicionen, limiten o impidan el ejercicio de las mismas al nuevo Gobierno en función de sus propias valoraciones de carácter político, salvo en los mismos supuestos antes excepcionados.

Las valoraciones políticas no parece que puedan ser realizadas en abstracto sea cual sea en el ámbito en que se efectúen y no son sino la consecuencia lógica de una determinada orientación política. Toda valoración política implica una opción política, y dota al acto de un contenido político que podrá coincidir o no con el programa que quien resulte candidato a la presidencia del Gobierno debe expresar para solicitar su aprobación y con ella su investidura. Parece pues que esa valoración política habrá de coincidir con los términos de un programa futuro pendiente de aprobación y conocimiento. El candidato puede, como dice la sentencia mayoritaria, variar su programa a lo largo de la legislatura, pero también puede modificar o matizar en su discurso de investidura el programa de su partido y ello no pocas ocasiones acontece a la vista de los posibles pactos en el ámbito parlamentario.

No podemos tampoco aceptar la afirmación de que el legislador asume la tesis de la sentencia mayoritaria por el simple hecho de que en el apartado 5º del artículo 21 prohíbe en todo caso al Gobierno en funciones aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos y presentar proyectos de Ley al Congreso de los Diputados. Parece olvidarse que tal prohibición expresa lo que pretende es establecer que ni siquiera por razones de urgencia puede el Gobierno en funciones tomar tales iniciativas, pero en modo alguno de ello puede concluirse que sólo los actos de dirección política están limitados a un Gobierno en funciones, la limitación no viene exclusivamente por ser o no actos de dirección política, sino porque la función en sí misma pueda ser encuadrada o no en el despacho ordinario con independencia su destinatario, lo que nos hace discrepar, igualmente, de la afirmación que se contiene en el fundamento décimo de la sentencia mayoritaria, en cuanto hace depender la inclusión o no del indulto en el ámbito de la gestión ordinaria de la personalidad del reo.

Sentado lo anterior debemos referirnos ahora al ejercicio del derecho de gracia en nuestro ordenamiento.

En primer lugar hemos de destacar que el ejercicio del derecho de gracia es una prerrogativa real, artículo 62.i de la Constitución EDL 1978/3879 , por más que deba ser refrendada por el Ministro de Justicia y revestir la forma de el Real Decreto. Ello no es sino una consecuencia del artículo 64 de la Constitución EDL 1978/3879 y de la inviolabilidad y no sujeción a responsabilidad del Rey, artículo 56.3. C.E EDL 1978/3879 . Es por su propia naturaleza un acto de carácter extraordinario por más que el número de indultos sea más o menos elevado. El carácter de extraordinario proviene de que por una parte es un residuo histórico del poder absoluto del Soberano y por otra de que supone una excepción al principio de cumplimiento de las sentencias judiciales proclamada por el artículo 118 de la Constitución EDL 1978/3879 , no olvidemos que no es otra cosa que dejar sin efecto, total o parcialmente, lo dispuesto en una sentencia firme dictada por uno de los Poderes de un Estado cuya principal característica es la separación de poderes y el indulto quiebra precisamente esa idea de separación indefectiblemente unida a la idea de Estado democrático de Derecho.

No cabe sostener en consecuencia, por la propia naturaleza del acto, que lo que en si mismo es un acto extraordinario constituya gestión ordinaria.

El indulto es ejercicio del derecho de gracia y por tanto un acto graciable, ni siquiera un acto discrecional en el que el titular puede optar por una u otra alternativa motivando debidamente su decisión, por más que en su concesión deban efectuarse determinadas valoraciones en el seno del Consejo de Ministros, no olvidemos que la Ley en su versión actual ha hecho desaparecer, precisamente por su carácter graciable, la exigencia de motivación.

Se trata sin duda un acto cuyo contenido es susceptible de control político por el Parlamento y sólo sus aspectos formales reglados son susceptibles de control jurisdiccional pero no el sentido de las decisiones.

Constituye, como queda dicho, una medida de extraordinaria trascendencia por cuantos, la extinción de la responsabilidad penal por esa vía implica la intromisión en un poder de estado, el judicial, al dejar sin efecto una sentencia firme y supone una excepción al mandato del artículo 118 de la Constitución EDL 1978/3879 . Tampoco es asumible por quienes firmamos este voto particular hacer depender la idea de gestión ordinaria de la concesión o denegación del indulto por entender que esta última no es irreversible.

En primer lugar el carácter de ordinario va vinculado a la función, por mucho que circunstancias concurrentes puedan incidir, tales como cual sea la causa de la situación "en funciones" u otras, pero siempre esa incidencia lo será sobre la función en sí y no sobre el contenido de la decisión que se tome, puesto que la denegación implica la valoración de la procedencia de la concesión y es esa valoración la que conlleva la carga que la diferencia de la gestión ordinaria. Por otra parte es también cuestionable la idea de reversibilidad de la denegación ya que al menos en cuanto al mayor tiempo que debe permanecer en prisión el peticionario del indulto la situación es irreversible, siendo evidente que en el caso que nos ocupa, en el que se había acordado la suspensión de la pena de tres años de privación de libertad, la denegación del indulto comporta el ingreso automático del actor en prisión, y atendida la duración de la pena impuesta y la propia tramitación del expediente de indulto, aún cuando aquel pudiera reproducir su solicitud de indulto ante el nuevo Gobierno salido de las urnas, el resultado final podría hacer ilusoria la petición formulada, al haber extinguido ya la pena privativa de libertad.

De cuanto hasta aquí se ha dicho resulta:

Que según reiterada jurisprudencia de esta Sala la concesión o denegación del indulto, constituye una manifestación de la prerrogativa real de gracia. En la medida en que con la concesión de un indulto se puede interferir en el principio de división de poderes, se requiere una valoración por parte del Gobierno de circunstancias de diversa índole que permitan llegar a una resolución en relación a su concesión o denegación.

Que por tal razón resulta indiferente, a los efectos que aquí importan, que el indulto sea concedido o denegado, pues para llegar a la decisión final, el Gobierno debe hacer una valoración y ponderación de circunstancias diversas, siempre desde el prisma político que debe presidir la actuación del Gobierno.

Que hay una experiencia histórica suficientemente contrastada en el sentido de que las concesiones y también denegaciones de indulto, pueden ser utilizadas como instrumento de dirección política con consecuencias importantes tanto en el ámbito nacional, como incluso con proyección internacional. No es admisible otorgar o negar competencias a un Gobierno en funciones para valorar la conveniencia o inconveniencia de un indulto y pronunciarse finalmente sobre él, según que el solicitante del derecho de gracia fuera alguien con cualquier género de proyección pública o social o careciera de ella, o en función de la naturaleza o relevancia social del propio delito cometido.

Que aún cuando no es el único, la política relativa a la concesión o denegación de indultos puede ser utilizada como instrumento de política criminal de cualquier Gobierno, permitiendo el propio artículo 4.3 del Código Penal EDL 1995/16398 que el Gobierno pueda, al pronunciarse sobre la concesión o denegación de indulto, resolver sobre posibles divergencias entre el Poder legislativo y judicial, en relación a un determinado tipo penal.

Que aún cuando el art. 101 de la Constitución EDL 1978/3879 no fija limitaciones al Gobierno en funciones, el art. 21 de la Ley 50/97 EDL 1997/25084 , no puede reputarse contrario a dicho precepto.

Que de la tramitación parlamentaria de dicha ley, esencial para la interpretación auténtica de la norma, de lo que expresamente se recoge en su Exposición de Motivos y del respeto al principio de lealtad constitucional, resulta que el objetivo último de la actuación de un Gobierno en funciones debe ser la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno sin paralizar la que resulte indispensable actuación administrativa.

Que el ejercicio del Derecho de Gracia es susceptible de control parlamentario.

Que el control jurisdiccional ha de limitarse a los aspectos reglados de carácter formal.

Que tanto la concesión como la denegación de indulto puede generar efectos irreparables.

Que el ejercicio del Derecho de gracia constituye un residuo del poder absoluto del Soberano, una injerencia del Poder ejecutivo en el Poder Judicial y una excepción al mandato del artículo 118 de la Constitución EDL 1978/3879 . Que por ello la interpretación de la expresión "despacho ordinario de los asuntos públicos", debe ser realizada con arreglo a las reglas básicas interpretativas del derecho constitucional, de tal forma que en el caso de dudas la interpretación ha de ser siempre restrictiva, circunscribiéndose a lo que son propiamente actos de administración, máxime cuando como ha ocurrido en el caso de autos, circunstancia de la que no se puede hacer abstracción, el Gobierno ha perdido la confianza de los ciudadanos al no haber ganado el partido que le sustentaba, las elecciones generales.

Las anteriores, entienden los Magistrados que suscribimos este voto particular, son notas bastantes como para cuestionar que el ejercicio derecho de gracia pueda ser considerado como despacho ordinario y esa simple posibilidad es suficiente para entender que excede de la actividad propia de un Gobierno en funciones salvo en casos de urgencia debidamente motivados tal y como previene el artículo 21.3 de la Ley 50/97 EDL 1997/25084 . Tesis esta suscrita tanto en nuestro ámbito como en el derecho comparado sobre la base

de la autocontención del órgano excepcional y la tendencial inactividad del órgano cuya representatividad ha llegado a su fin y cuya actividad debe estar encaminada fundamentalmente a facilitar el normal proceso de desarrollo del nuevo Gobierno.

Por último al hilo de lo manifestado por la sentencia mayoritaria, de la que discrepamos, en el último párrafo de su fundamento duodécimo, no podemos por menos que poner de manifiesto que, en contra de lo que allí se sostiene, lo que es una discrepancia jurídica en modo alguno puede ser considerado como un avance interpretativo consecuencia de un estudio más detenido de la cuestión examinada.

En consecuencia consideramos que el recurso contencioso debió ser estimado.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

D. José Manuel Sieira Míguez D. Enrique Lecumberri Martí

D^a Margarita Robles Fernández

D. Jesús Ernesto Peces Morate D. Emilio Frías Ponce

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia con sus votos particulares por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130012005100090