



PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/a) - 202/ 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera
Bajo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección QUINTA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 13 de julio de 2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

HECHOS

PRIMERO.- Por Dña. Inés Arrimadas García, D. Carlos Carrizosa Torres y D. José María Espejo-Saavedra Conesa, representados por la procuradora Dña. Cristina Bota Vinuesa y defendidos por el letrado D. Andrés Betancor, se interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 463/2021, de 22 de junio, por el que se indulta a D. Jordi Sánchez i Picanyol.

SEGUNDO.- En el segundo otrosí del escrito de interposición solicitan la adopción de la medida cautelar "consistente en la suspensión de la ejecución de la medida de indulto acordada por el Real Decreto 463/2021, por cuanto la ejecución del acto impugnado podría hacer perder al recurso su finalidad legítima", precisando en el tercer otrosí, "que, al amparo de lo que establecen los artículos 129 y siguientes de la LJCA, y, en particular, del artículo 135 LJCA, suplico la adopción de medidas cautelares inaudita parte en el marco del presente recurso contencioso administrativo."

TERCERO.- Como hechos y fundamentos de derecho, comienzan efectuando unas consideraciones previas sobre la doctrina de la Sala en relación con la tutela judicial cautelar, con referencia, igualmente, a su aplicación en relación con los indultos. Y antes de examinar la concurrencia de los requisitos legales y procesales, examina la legitimación activa, rechazando una eventual alegación del Abogado del Estado de inadmisión por falta de legitimación, invocando al efecto el criterio seguido en el auto de esta Sala de 28 de marzo de 2012, en el sentido de que la legitimación será cuestión a examinar en el ámbito de los autos principales y no en la pieza separada de medidas cautelares.

En todo caso, entienden que su legitimación es fruto de que son víctimas singularizadas de los delitos de los indultados, señalando al efecto su condición de miembros del Parlament cuando se aprobaron las denominadas ley "de referéndum de autodeterminación" y la ley "de transitoriedad jurídica y

fundacional de la república”, leyes que, con referencia a los hechos probados de la sentencia de la Sala Segunda de 14 de octubre de 2019, consideran esenciales para la articulación de la nueva república surgida de la vía unilateral emprendida por los condenados, lo que fue posible sobre la base del atropello a los derechos de los recurrentes, como reconoció el Tribunal Constitucional en sentencias 41/2019 y 42/2019, de 27 de marzo, en los recursos de amparo interpuestos al efecto, en las que se reconoció la inobservancia del procedimiento legislativo y afectando a las facultades que integran el ejercicio de la función legislativa de los recurrentes y los derechos de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes. Entienden, por lo tanto, que la sedición y la malversación por las que fueron condenados los indultados fue posible sobre la base de la conculcación de los derechos fundamentales de los recurrentes. Hay una relación de necesidad entre la conculcación de los derechos de los recurrentes y los delitos por los que ahora son indultados. Esa relación de necesidad constituye a los recurrentes en víctimas de los mismos, en términos suficientes para constituirles en la titularidad de un interés legítimo a los efectos de disfrutar de la legitimación activa. No les resulta irrelevante el resultado del proceso derivado del recurso interpuesto. Si el indulto extingue la pena por unos delitos cometidos violentando los derechos fundamentales de los recurrentes, a éstos no les resulta irrelevante la legalidad de los mismos porque también están en juego los derechos fundamentales. En virtud de esta conexión, se puede afirmar que los recurrentes disfrutaban de un interés legítimo habilitador de la legitimación activa requerida.

Como segunda precisión, se refieren los recurrentes a la diferenciación entre la jurisprudencia relativa a la suspensión en los supuestos de denegación de indulto y la que se refiere a los indultos concedidos, habiéndose denegado reiteradamente la suspensión de los indultos denegados, por el perjuicio al interés general asociado al cumplimiento de las penas impuestas, entendiéndose que ese mismo argumento ha de servir para atender la pretensión de suspensión del acto del Gobierno que, por su carácter extraordinario, perturba gravemente el ordenamiento jurídico con la extinción

anticipada de la pena. Es el interés general reforzado de mantener la ejecución de la sentencia penal, el que sirve de fundamento a la pretensión suspensiva de los recurrentes.

En cuanto a la fundamentación de dicha pretensión, se refieren al "periculum in mora", citando la doctrina de la Sala en el sentido de que el sistema cautelar se fundamenta en un presupuesto claro y evidente, la existencia de un periculum in mora, añadiendo como contrapeso, la exigencia al mismo tiempo de una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. Partiendo de la consideración que la medida cautelar tiene por objeto preservar el resultado del proceso de tal manera que una ejecución anticipada del acto o disposición impugnado no frustre la efectividad de la tutela judicial, entienden que el tiempo que se tarde en resolver los recursos y, por consiguiente, las dudas sobre la legalidad de los indultos, es tiempo durante el cual los indultados pueden hacer fracasar la acción de la justicia, así como la adecuada protección de los derechos e intereses de los recurrentes, por cuanto podrían, por un lado, huir de la acción de la justicia (riesgo de fuga) imposibilitando, de facto, que se pudiera restablecer la legalidad declarada por la sentencia condenatoria firme y, por otro, reiterar la acción delictiva por la que fueron condenados. Argumentan sobre ambas cuestiones y concluyen que: la liberación inmediata de los indultados les ofrece la oportunidad de sustraerse a la acción de la justicia y perseverar en los actos delictivos.

En lo que atañe a la ponderación de los intereses generales o de terceros contrapuestos, señalan, con referencia a la jurisprudencia, que el uso del indulto ha de estar rodeado de cautelas y límites, con el objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden público, argumentando sobre los intereses afectados, entendiéndolo que la suspensión de la eficacia de los indultos no solo no perturba, aún menos de manera grave, el interés general perseguido por los indultos (eventualmente la utilidad pública de liberar a los presos en atención a razones de convivencia), sino que evita, sin la debida comprobación del cumplimiento de todas las exigencias legales, la perturbación grave a la normal u ordinaria ordenación de los poderes (división

de poderes) y de cumplimiento de las reglas constitucionales (obligatoriedad de las sentencias judiciales), alterada por la intervención y la interferencia que objetivamente supone el indulto, en el ámbito de ejercicio de las funciones propias del poder judicial, lo que es particularmente relevante tratándose de delitos muy graves con importantes penas. Añaden, que cualquier poder que excepcione el funcionamiento ordinario del sistema constitucional debe ser interpretado de manera muy restrictiva, refiriendo al efecto la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la suspensión de la pena impuesta.

Se refieren, igualmente, al “fumus boni iuris”, “apariencia de buen derecho”, a efectos de valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, reflejando la doctrina de esta Sala relativa a la ponderación de esta circunstancia, pero destacando que en este caso, el informe del Tribunal sentenciador de 26 de mayo de 2021 es un elemento cuya solidez no se puede poner en duda, concluyendo que no hay razones de las que, en virtud de la ley, deben servir de soporte a la prerrogativa de gracia. En otros términos, la apariencia es la de la arbitrariedad del Gobierno en el ejercicio de su potestad individual, excepcional y extraordinaria que le permite extinguir la pena impuesta por una sentencia firme.

Finalmente en el tercer otrosí, como fundamento de la solicitud de que las medidas cautelares solicitadas se acuerden inaudita parte, al amparo del art. 135 de la LJCA, tras referirse al criterio de esta Sala sobre los requisitos exigidos al efecto, señalan que: “Las circunstancias que ponen de manifiesto que, caso de seguir la tramitación ordinaria del incidente, prevista en el artículo 131, la adopción de la medida cautelar resultaría ineficaz, ante una ejecución inmediata y difícilmente reversible del acto impugnado, están asociadas a los peligros que esta parte ha expuesto en relación con la ejecución de la medida. Los indultados han alcanzado la libertad de manera inmediata, incluso, antes de que comenzase el plazo para la interposición del recurso. En consecuencia, esta parte se encuentra en una situación objetivamente de indefensión. Cuando ha podido recurrir y solicitar la medida cautelar, los indultados ya han sido liberados. Por lo tanto, a la urgencia en la puesta en libertad de los



condenados ahora indultados, debería corresponderle la urgencia en la atención de la medida cautelar de suspensión para evitar que continúe abierta la posibilidad de huir de la acción de la justicia o de continuar la acción delictiva por la que fueron condenados, en definitiva, para impedir que se vea frustrada la tutela judicial.”

CUARTO.- Abierta la correspondiente pieza de medidas cautelares, se dictó auto de 28 de junio de 2021 por el que se ordenó la tramitación del incidente cautelar por el procedimiento ordinario previsto en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción, al no apreciar la concurrencia de circunstancias de especial urgencia para su tramitación inaudita parte, dando traslado a la parte recurrida para alegaciones por el plazo de cinco días.

QUINTO.- Mediante escrito de 6 de julio de 2021, el Abogado del Estado se opone a la adopción de la medida cautelar solicitada, alegando, en primer lugar, la falta de legitimación activa de la parte recurrente que, como causa de inadmisibilidad del recurso, debe examinarse antes de resolver sobre la suspensión solicitada.

Argumenta ampliamente al respecto: que los demandantes no tienen la condición de víctimas de los delitos ahora parcialmente indultados ni se personaron en la causa penal; que la sentencia de la Sala Segunda del TS núm. 459/2019 ni siquiera alude a las SSTC 41. y 42/2019 ni a los ahora demandantes por lo que el hecho de que éstos hubiesen promovido esos recursos de amparo resulta irrelevante a los efectos de la legitimación en el presente proceso; que en el procedimiento de indulto y en su posterior revisión jurisdiccional no rige la acción pública; y que la condición de partido político o de grupo parlamentario no atribuye sin más legitimación para recurrir.

Por lo que se refiere al objeto propio de esta pieza de medidas cautelares, comienza examinando la petición formulada por los recurrentes y su motivación y delimitando el debate permitido en el ámbito de la pieza de medidas cautelares. Y ya en relación con el periculum in mora, que considera

la pieza maestra en el esquema de la ley procesal para justificar la adopción de una medida cautelar, con cita de la jurisprudencia establecida al efecto, alega que el acto que se impugna es un acto favorable que concede un indulto parcial si bien condicionado a que la persona beneficiada por el indulto "...no vuelva a cometer delito grave en el plazo de cinco años desde la publicación del real decreto", examina la naturaleza de este acto de indulto y la jurisprudencia sobre el alcance de los informes del Ministerio Fiscal y del Tribunal sentenciador y, desde estas premisas, entiende que es manifiesto que en esta pieza no concurre *periculum in mora*, referido por los recurrentes a la ejecución de la pena, que justifique la adopción de la medida cautelar solicitada. En primer lugar porque, la mora en el tiempo de tramitación de este proceso es indiferente a la ejecución de la sentencia que se dicte en el mismo para el caso de que se acoja la pretensión de anulación del indulto ejercitada por la parte recurrente. En segundo lugar, porque no puede obviarse que la medida cautelar que se pide llevaría aparejada la privación de libertad de los beneficiados por el indulto, debiendo ordenarse por el tribunal sentenciador su ingreso en el Centro Penitenciario correspondiente para que sigan cumpliendo la pena impuesta por la ejecutoria penal restablecida por una decisión cautelar que enervaría los efectos del artículo 130 del Código Penal sobre la pena al privar de efectos al indulto. En cuyo caso el título de restricción del derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución no sería la ejecutoria penal, sino la decisión cautelar de la Sección y Sala del Tribunal Supremo que vincularía al Tribunal sentenciador que, para llevar a efecto dicha decisión provisional, tendría que anular los mandamientos de libertad y dictar en su lugar mandamientos de ingreso en prisión que se mantendrán hasta que haya sentencia en este proceso. Señalando el carácter irreversible de tal situación.

Añade, en relación con las alegaciones de la parte recurrente sobre la falta de arrepentimiento y posible reiteración delictiva, que tampoco sirve de argumento para justificar una decisión cautelar una proyección sobre hechos futuros, pues es sabido que una decisión cautelar no puede basarse en conjeturas, hipótesis o probabilidades de sucesos futuros, reiterando que, en

su caso, el quebranto de la condicionalidad a que está sujeto el indulto, enervaría ex tunc sus efectos con la consecuencia de que la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento al tiempo del indulto tendría que ser cumplida ex ejecutoria penal al haber desaparecido los efectos extintivos por activarse la condición resolutoria a que se sujeta el mismo restableciéndose el vigor de la ejecutoria penal al no producirse ya los efectos extintivos del artículo 130 del Código Penal.

Concluye, por todo ello, que no existe periculum in mora que justifique la medida cautelar solicitada.

Por lo que se refiere a la ponderación de los intereses en conflicto, alega que no existe un interés general que justifique la adopción de la medida cautelar solicitada, partiendo de la consideración del indulto como una manifestación del ejercicio de una facultad graciable, señalando al efecto: que los recurrentes no esgrimen interés legítimo alguno digno de protección en la pieza de medidas cautelares; que el interés esgrimido se basa en la apropiación del interés general que no sería el correspondiente al ejercicio del derecho de gracia a que sirve el indulto, sino, el restablecimiento provisional de la ejecución de la pena privativa de libertad basado en una decisión cautelar de esa Sección y Sala adoptada en este proceso que enervaría provisoriamente ex tunc los efectos del indulto y dejaría en suspenso la aplicación del artículo 130 provocando que la Sala penal sentenciadora anulase sus mandamientos de libertad y ordenase el reingreso en Centro Penitenciario de los indultados para continuar "durante el proceso contencioso" cumpliendo la pena privativa de libertad indultada; y que lo es obviando el derecho fundamental del artículo 17 de la Constitución.

De modo que no hay ponderación posible de intereses en conflicto porque ningún interés digno de protección esgrimen los recurrentes –que no tienen legitimación activa ad causam en este proceso- y tampoco se contraponen un interés general cuya grave perturbación justifique la medida

cautelar solicitada, máxime sin existir siquiera periculum que ampare la pretensión cautelar de la parte recurrente.

Argumenta, igualmente, sobre las razones por las que no puede basarse la medida cautelar solicitada en la inexistencia de signos de arrepentimiento por referencia a los informes del Tribunal sentenciador y del Fiscal; que no puede justificarse dicha petición por el argumento del posible y futuro quebranto de la condicionalidad a que se ha sujetado el indulto parcial ; y tampoco en un hipotético riesgo de fuga.

Finalmente, argumenta sobre la inexistencia de fumus boni iuris que justifique la adopción de la medida cautelar solicitada, examinando la doctrina de esta Sala al respecto y manteniendo que el Real Decreto impugnado en el que se ejerce el derecho de gracia, no incurre en ninguna de las causas por las que, la reiterada jurisprudencia de esa Sala, permite la aplicación del fumus boni iuris:

- No incurre en manifiesta causa de nulidad de pleno derecho.
- No se trata de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una disposición general que haya sido declarada nula.
- No se existe sentencia en instancia anterior que anule el acto.
- No se opone a una doctrina o criterio reiterado de la jurisprudencia.

De modo que no existe icti oculo contradicción flagrante entre los preceptos y fundamentos en que apoya el recurrente la pretensión cautelar y el RD impugnado que justifique la aplicación del fumus para suspenderlo.

Máxime cuando el RD impugnado constituye el ejercicio del derecho de gracia y, tal y como la jurisprudencia ha señalado, "... implica el ejercicio del derecho de gracia constitucionalmente reconocido, mediante una actuación

individual y excepcional del Gobierno, reunido en Consejo de Ministros, no encuadrable en la antigua categoría de los actos políticos y que pese a su consideración no como acto administrativo, tiene como núcleo esencial y ratio essendi su carácter discrecional" (FD Sexto, STS 3ª, Pleno, de 20 de noviembre de 2013).

Termina solicitando: 1º La apertura del trámite previsto en el art. 51.4 de la LJCA y su conclusión por Auto que declare la inadmisión de este recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación de los demandantes y la subsecuente carencia sobrevenida de objeto de esta pieza separada de suspensión.

2º.- Subsidiariamente, se desestime la suspensión de la ejecución del Real Decreto de concesión de indulto parcial aquí impugnado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se plantea por el Abogado del Estado, como causa de inadmisibilidad del recurso, la falta de legitimación activa de la parte recurrente, que entiende debe resolverse previamente a la decisión sobre la medida cautelar.

Semejante planteamiento fue objeto de resolución por auto de 8 de marzo de 2012 (rec. 885/2011), en el que se señala que: "Con carácter previo ha de rechazarse la alegación de inadmisión de la petición de suspensión formulada por el Sr. Abogado del Estado, ya que no cabe juzgar anticipadamente en vía de inadmisión la existencia o no de legitimación por parte del recurrente que impetra en vía cautelar la suspensión de ejecución, por cuanto la existencia o no de interés legitimador de su recurso será cuestión a examinar en el ámbito de los autos principales, sin que pueda realizarse una

evaluación provisional en la pieza separada de medidas cautelares, al no constituir ésta la vía adecuada para enjuiciar una auténtica cuestión de fondo y todo ello con independencia de que la existencia o no de perjuicios acreditados para el recurrente pueda ser tomada en consideración como justificantes, al contraponerlos al interés general, de su petición de suspensión."

Entendemos que el mismo criterio debe mantenerse en este caso, pues, el pronunciamiento sobre la legitimación no forma parte del ámbito de resolución propio de la pieza de medidas cautelares, siendo necesario para su resolución avanzar en la tramitación del proceso hasta alcanzar un trámite procesal hábil al efecto, transcurrido un considerable periodo de tiempo desde la interposición del recurso y la solicitud de la medida cautelar, que no resulta compatible con la perentoriedad de los plazos establecidos para la tramitación y resolución de la pieza de medidas cautelares.

Y por otra parte, ello no impide, a efectos de la tutela cautelar, valorar la existencia de los perjuicios que, para sus derechos e intereses, sean convenientemente invocados por el solicitante, que debe justificar al menos indiciariamente, sin que el pronunciamiento tenga otro alcance que el de resolver sobre la procedencia o no de la medida cautelar solicitada.

SEGUNDO.- Se solicita la suspensión cautelar del Real Decreto 463/2021, de 22 de junio, por el que el Consejo de Ministros acuerda conceder el indulto a D. Jordi Sánchez i Picanyol, de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, a condición de que no vuelva a cometer delito grave en el plazo de cinco años desde la publicación de este real decreto.

A tal efecto y con carácter general, conviene señalar inicialmente, que según resulta del art. 130 de la Ley 29/98, de 13 de julio de Jurisdicción Contencioso Administrativa, la medida cautelar de suspensión podrá acordarse, previa valoración de los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, sin embargo y a pesar de ello, como añade el párrafo

segundo de dicho precepto, la medida cautelar podrá denegarse si de la misma pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Se desprende de ello que lo que justifica la adopción de la medida cautelar es la garantía de la eficacia de un posible fallo favorable para el interesado, de manera que la ejecución del acto no impida la realización de la eventual declaración del derecho del recurrente en la sentencia, es decir, el restablecimiento de sus derechos e intereses jurídicos comprometidos en el proceso. En todo caso, junto a ese perjuicio para el derecho del recurrente han de valorarse el interés público y los intereses de tercero afectados que, aun concurriendo el *periculum in mora*, pueden justificar la denegación de la medida solicitada.

Así, como indica la sentencia de 27 de abril de 2004, en los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que «esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, que en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "*periculum in mora*"; resoluciones que señalan que el mismo «opera como criterio decisor de la suspensión cautelar» (auto 28-1-2021, rec. 341/2020).

Semejantes consideraciones generales se efectúan en el auto de 19 de junio de 2019 (rec. 185/2019), según el cual, "la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. El interesado en obtener la

suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran



intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto"

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares, si bien debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de esta doctrina."

TERCERO.- Partiendo de estas consideraciones generales, que la propia parte recurrente analiza, comienza invocando la concurrencia de "periculum in mora", argumentando al respecto que la suspensión que pretende implica el mantenimiento de la eficacia de la sentencia penal condenatoria de los indultados por su responsabilidad en la comisión de delitos singularmente graves como los de sedición y de malversación de caudales públicos y que, por lo tanto, el tiempo que se tarde en resolver los recursos y, por consiguiente, las dudas sobre la legalidad de los indultos, es tiempo durante el cual los indultados pueden hacer fracasar la acción de la justicia, así como la adecuada protección de los derechos e intereses de los recurrentes, por cuanto podrían, por un lado, huir de la acción de la justicia (riesgo de fuga) imposibilitando, de facto, que se pudiera restablecer la legalidad declarada por la sentencia condenatoria firme (ya que el reintegro a la prisión sería imposible) y, por otro, reiterar la acción delictiva por la que fueron condenados. Entienden que ello condenaría la tutela judicial a ser inefectiva de apreciarse las ilegalidades que vician la medida del indulto.

Pues bien, según la jurisprudencia antes indicada, el *periculum in mora* se refiere a los derechos e intereses propios de quien solicita la adopción de la medida cautelar, afectados, comprometidos o controvertidos en el proceso, con el objeto de evitar que la inmediata ejecución del acto impugnado produzca o de lugar a situaciones perjudiciales y de difícil reversión respecto de tales derechos e intereses, que impidan la efectividad de los eventuales pronunciamientos favorables al solicitante en la sentencia que ponga fin al proceso. Es decir, se refiere al hecho de que la ejecución del acto impida la



realización y efectividad de la eventual declaración del derecho del recurrente en la sentencia y con ello el restablecimiento de los derechos e intereses jurídicos comprometidos en el proceso, sin que baste una mera invocación genérica, debiéndose justificar adecuadamente por el interesado, qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión.

En este caso, el planteamiento de la parte se refiere al periculum in mora o ineficacia del proceso, no tanto en relación con los concretos derechos o intereses propios que los recurrentes consideran comprometidos en el proceso, a los que aquí solo se hace referencia genéricamente, como en relación con el restablecimiento de la legalidad declarada en la sentencia condenatoria y en cuanto pudiera reiterarse la acción delictiva.

Los recurrentes, al argumentar concretamente sobre la concurrencia de esta circunstancia, se limitan a la genérica referencia a la adecuada protección de sus derechos e intereses, sin que se haga constar cual sea el riesgo de ineficacia del eventual fallo favorable sobre tales derechos e intereses, que permita valorar a la Sala la procedencia de la suspensión solicitada.

Pero es que, además, tales derechos e intereses, tal y como se describen por los recurrentes en otros apartados de su escrito, no son objeto ni resultan afectados por el pronunciamiento judicial penal, cuya eficacia se pretende mantener con la suspensión solicitada.

Los recurrentes invocan la vulneración de sus derechos como miembros del Parlamento de Cataluña, durante la tramitación parlamentaria de las denominadas ley "de referéndum de autodeterminación" y ley "de transitoriedad jurídica y fundacional de la república", como declaró el Tribunal Constitucional en sentencias 41/2019 y 42/2019, de 27 de marzo, en los recursos de amparo interpuestos al efecto, en las que se reconoció la inobservancia del procedimiento legislativo y que resultaron afectadas las facultades que integran el ejercicio de la función legislativa de los recurrentes y

los derechos de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes.

Se trata del ejercicio de tales derechos fundamentales, susceptibles de amparo, que obtuvieron la correspondiente tutela mediante los recursos pertinentes ante el Tribunal Constitucional, resueltos por las citadas sentencias.

Es claro que tales derechos fundamentales no forman parte del interés jurídico, penalmente protegido, que constituye el tipo penal de los delitos de sedición y malversación de caudales públicos a que se refiere la condena impuesta en la sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo. Ningún pronunciamiento de la sentencia se refiere o afecta a los derechos invocados por los recurrentes y ninguna incidencia tiene para los mismos el cumplimiento o no de la pena.

Los recurrentes tratan de atraer su interés en el caso señalando la importancia de dichas leyes, en cuya elaboración se conculcaron sus derechos como parlamentarios, para las posteriores acciones constitutivas de los tipos delictivos apreciados por el Tribunal Supremo y las correspondientes condenas, entre otras, a las penas privativas de libertad objeto de indulto. Sin embargo, no tienen en cuenta que, en todo caso, lo que se valora por el Tribunal penal – que en los párrafos de hechos probados transcritos por los propios recurrente declara “su irrelevante funcionalidad a los fines del tipo de rebelión”- es la incidencia de dichas leyes en la realización del tipo delictivo y, por lo tanto, en la vulneración del interés jurídico penalmente protegido, a cuya reparación responde la condena penal, y no valora ni se pronuncia, ni siquiera indirectamente, sobre la incidencia de la conducta penalmente tipificada en derechos ajenos al proceso, como los invocados por los recurrentes, que se refieren al ejercicio de sus derechos como parlamentarios y que ya fueron objeto de la correspondiente tutela por el Tribunal Constitucional.

En estas circunstancias no cabe apreciar la existencia de periculum in mora en relación con los derechos e intereses invocados por los recurrentes, que justifiquen la adopción de la medida cautelar de suspensión que se solicita.

En el mismo apartado, los recurrentes cuestionan la efectividad de la tutela judicial, alegando que durante el tiempo que se tarde en resolver los recursos y, por consiguiente, las dudas sobre la legalidad de los indultos, los indultados pueden hacer fracasar la acción de la justicia, así como la adecuada protección de los derechos e intereses de los recurrentes, por cuanto podrían, por un lado, huir de la acción de la justicia (riesgo de fuga) imposibilitando, de facto, que se pudiera restablecer la legalidad declarada por la sentencia condenatoria firme (ya que el reintegro a la prisión sería imposible) y, por otro, reiterar la acción delictiva por la que fueron condenados.

No se trata, por lo tanto, de la prevención de riesgos para la eficacia de una eventual sentencia favorable a los recurrentes en relación con sus derechos e intereses sino en relación con el interés público en el restablecimiento de la legalidad que la parte entiende conculcada, en relación con el cumplimiento de la pena y la reiteración de la acción delictiva, lo que nos sitúa -dejando al margen el examen de las alegaciones poniendo en cuestión la legalidad del indulto que no puede realizarse en el ámbito de la pieza de medidas cautelares- ante la ponderación de los intereses en conflicto, que supone una comparación o contraste de la distinta incidencia que la ejecución del acto impugnado tiene respecto de la efectividad de cada uno de los intereses contrapuestos.

La parte concreta sus alegaciones en relación con el interés público, señalando que el uso del indulto ha de estar rodeado de cautelas y límites, con el objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden público, argumentando sobre los intereses afectados, entendiendo que la suspensión de la eficacia de los indultos no solo no perturba, aún menos de manera grave,

el interés general perseguido por los indultos (eventualmente la utilidad pública de liberar a los presos en atención a razones de convivencia), sino que evita, sin la debida comprobación del cumplimiento de todas las exigencias legales, la perturbación grave a la normal u ordinaria ordenación de los poderes (división de poderes) y de cumplimiento de las reglas constitucionales (obligatoriedad de las sentencias judiciales), alterada por la intervención y la interferencia que objetivamente supone el indulto, en el ámbito de ejercicio de las funciones propias del poder judicial, lo que es particularmente relevante tratándose de delitos muy graves con importantes penas. Añaden, que cualquier poder que excepcione el funcionamiento ordinario del sistema constitucional debe ser interpretado de manera muy restrictiva, refiriendo al efecto la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la suspensión de la pena impuesta.

Ante este planteamiento conviene precisar, que si bien el indulto, en cuanto perdón de la pena impuesta, determina el incumplimiento, total o parcial, de la misma y con ello de la ejecución de la sentencia, debe distinguirse lo que significan la ejecutoriedad de la sentencia y el indulto en relación con el cumplimiento de la pena. En el primer caso, la ejecutoriedad de la sentencia responde al ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), en el ámbito del correspondiente proceso penal, bajo el control y decisión del Tribunal sentenciador y con la intervención de quienes estén legitimados para ello según las normas procesales penales. El indulto, sin embargo, responde al ejercicio de la prerrogativa de gracia atribuida legalmente al poder ejecutivo, partiendo precisamente de la existencia de una sentencia judicial justa y ejecutiva. Como señala la exposición de motivos de la LI, "por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia."

En esta situación, la parte recurrente justifica la pretensión de suspensión, en primer lugar, en el riesgo de fuga de los indultados teniendo en cuenta las importantes penas impuestas, es decir, en el riesgo de eludir el



cumplimiento de la pena, planteamiento que no resulta congruente cuando, precisamente, el indulto supone el perdón de la pena y por lo tanto libera al indultado del cumplimiento de la misma. De manera que, en tales circunstancias, para que pudiera sostenerse fundadamente la existencia de riesgo de fuga, sería necesario invocar y acreditar la existencia de razones y datos que, salvando dicha incongruencia, pusieran de manifiesto actitudes y hechos que permitieran llegar al convencimiento de que dicho riesgo resulta justificado. Acreditación que no se desprende de las genéricas alegaciones de la parte sobre la importancia de las penas o el hecho de que otros responsables de los mismos hechos están fugados de la acción de la justicia, y la referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en amparo solicitado por los indultados, instando la suspensión de las penas que les fueron impuestas, situación que no puede equipararse, como acabamos de indicar, con la que aquí se examina, pues en aquel caso se trataba de suspender la ejecución de la sentencia que imponía, entre otras, la pena privativa de libertad, resolución judicial ejecutiva que amparaba la privación de libertad, mientras que aquí se trata de la suspensión de un acto, acuerdo de indulto, en virtud del cual desaparece la cobertura judicial de la privación de libertad.

En segundo lugar, los recurrentes alegan, en defensa de su pretensión de suspensión, el riesgo en la reiteración delictiva, que resulta de la actitud de los indultados en distintas situaciones, que considera objetivo y grave, en especial por otras circunstancias como el público no arrepentimiento, su explícita y notoria voluntad de reiterar sus actos y porque el tratamiento penitenciario seguido por los indultados tampoco ha garantizado su reinserción social en el sentido de asumir que las vías empleadas para la persecución de sus ideas fueron violentas y delictivas.

Para valorar el alcance de estas alegaciones, ha de tenerse en cuenta, que la existencia de este riesgo, al margen de las circunstancias del caso, no ha pasado desapercibida para el Legislador, que estableció la regla general (art. 2, Ley de Indulto) por la que se exceptúan del indulto los reincidentes en

el mismo o en otro delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme, sin embargo, ya desde el principio, el propio Legislador estableció que esta excepción o limitación en la concesión del indulto no era aplicable a los condenados por delitos de sedición y rebelión, que podían volver a ser indultados aunque fueran reincidentes. Pudiera pensarse que tal excepción estaba justificada por "el carácter y condiciones de la sociedad de la época", como señalaba la exposición de motivos de la Ley y que, por lo tanto, perdía su sentido en la situación actual. Pero no es así, porque el Legislador postconstitucional, cuando por Ley 1/1988, de 14 de enero, actualiza la Ley de Indulto de 1870, no solo mantiene dicha excepción para los delitos de sedición y rebelión sino que la amplía a otros delitos, señalando en el art.3 que: "lo dispuesto en el artículo anterior (reincidencia) no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal".

En estas circunstancias, que no han sido valoradas por la parte, no pueden acogerse sus alegaciones con el alcance determinante para la solicitud de suspensión que se atribuye a las mismas, menos aún si se tiene en cuenta, que tampoco se ha tomado en consideración otra circunstancia, como es el condicionamiento del indulto a que no se cometa delito grave en el plazo establecido, condición cuyo incumplimiento dejaría sin efecto el indulto.

En todo caso, la aplicación del indulto y no suspensión del mismo, no impide, si así se declara en una eventual sentencia favorable a las pretensiones de los recurrentes, el cumplimiento en su momento de la pena de privación de libertad pendiente, de manera que con la ejecución del indulto no se producen consecuencias o situaciones de difícil reversión que puedan hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Por el contrario, en contraste con otros intereses en conflicto, que la parte no ha valorado adecuadamente, la suspensión del indulto podría dar lugar a situaciones perjudiciales e irreversibles para los indultados si, como se

pretende por la parte recurrente, continúan cumpliendo una pena privativa de libertad de la que finalmente queden indultados.

A tal efecto y como ya indicamos en el auto de 28 de junio de 2021, por el que desestimamos la pretensión de tramitación de este incidente inaudita parte, ha de tomarse en consideración, que estamos en presencia del derecho fundamental a la libertad de toda persona, reconocido y garantizado en el artículo 17 de la Constitución, del que nadie puede ser privado sino en los casos y en la forma previstos en la ley, en este caso en virtud de la correspondiente resolución judicial que da cobertura legal a la privación de libertad de los condenados, de manera que, si desaparece esa cobertura judicial, mediante el indulto, la libertad debe ser inmediata, lo que ha llevado a cabo el Tribunal sentenciador, sin que pueda establecerse la correspondencia a que se refiere la parte con una urgente suspensión de la situación de libertad propiciada por el indulto, cuyo mantenimiento en el tiempo no supone sino respetar el derecho fundamental a la libertad del que la persona solo puede verse privado en los casos y la forma previstos en la ley.

Ha de tenerse en cuenta, que en los supuestos de denegación del indulto subsiste la sentencia o resolución judicial ejecutiva, en el ámbito de la jurisdicción penal que le es propio, que ampara la privación de libertad del condenado, por lo que la denegación de la suspensión y mantenimiento de la privación de libertad conserva la cobertura judicial legalmente exigida, mientras que, en el caso de la concesión del indulto desaparece la cobertura judicial de la privación de libertad, que con la suspensión cautelar solicitada se pretende mantener, lo que equivaldría, aunque fuera con carácter provisional y a resultas del proceso, a acordar y disponer la privación de libertad de los indultados, efecto positivo sobre el derecho fundamental a la libertad de la persona impropio del ámbito de la tutela judicial cautelar requerida de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa.



Por lo tanto, tampoco desde la ponderación de los intereses en conflicto resulta atendible la pretensión de suspensión que se ejercita por los recurrentes.

Finalmente, se invoca por la parte la doctrina de la "apariencia de buen derecho" elaborada por esta Sala, que examina en su contenido y evolución, señalando que se trata de una valoración o examen anticipado, con todas las cautelas que se requiera, sobre "la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión", a los meros fines de su examen para dispensar la tutela cautelar, a cuyo efecto entiende que hay un elemento cuya solidez no puede ponerse en duda, que es el informe del Tribunal sentenciador, cuyas apreciaciones reproduce en lo que considera conveniente.

Como señala la propia parte recurrente, sobre esta cuestión existe una doctrina reiterada de la Sala en numerosos autos, como el de 28 de marzo de 2012 (rec. 885/2011) citado por la parte o, por referirnos a uno más reciente, el de 17 de noviembre de 2020 (rec. 299/2020), en el que se declara que: "Por otra parte, en cuando al alegado *fumus boni iuris*, se ha de recordar que, como señala el ATS de 11 de octubre de 2005, rec. 116/2004, FJ 4, la apariencia de buen derecho, «al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión en algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características apuntadas, debidamente acreditada por quien solicita la suspensión, requiere, según reiterada jurisprudencia, una prudente aplicación, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar su alegación como argumento de la procedencia de la suspensión cuando el acto o disposición impugnada haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general previamente declarada nula o cuando se impugna acto o disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser, por primer vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que no se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del art. 24 de la Constitución

que reconoce el derecho al proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio, argumento extensible al supuesto en que se invoque la nulidad de pleno derecho del acto o disposición que, además, ha de ser ostensible, manifiesta y evidente.»

Circunstancias que, por las razones que se han señalado antes, no concurren en este caso e impiden fundar la adopción de la medida de suspensión solicitada en la apariencia de buen derecho.

CUARTO.- Por todo ello, teniendo en cuenta la improcedencia de pronunciarse en esta pieza de medidas cautelares sobre la inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado, ha de concluirse que no concurren las circunstancias exigidas para justificar la adopción de la medida cautelar de suspensión solicitada. Y, atendiendo a las circunstancias que concurren en la controversia suscitada en este proceso, no se entiende procedente la imposición de costas.

Por lo expuesto,

LA SALA ACUERDA: Denegar la adopción de la medida cautelar de suspensión del Real Decreto 463/2021, de 22 de junio, por el que se indulta a D. Jordi Sánchez i Picanyol. Sin costas.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

Dª. Ángeles Huet De Sande

