



PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/a) - 205/ 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

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 28 de junio de 2021.

La representación procesal de Dña. Inés Arrimadas García, D. Carlos Carrizosa Torres y D. José María Espejo-Saavedra Conesa, interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 457/2021, de 22 de junio, por el que se indulta a D. Jordi Cuixart i Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.



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 457/2021, de 22 de junio, por el que se indulta a D. Jordi Cuixart i Navarro.

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 457/2021, 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, 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.

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, se limita a señalar 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".

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La solicitud de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto impugnado se formula al amparo de las previsiones del artículo 135 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, lo que exige examinar, en primer lugar, si concurren las circunstancias de especial urgencia exigidas al efecto en el número 1.a) de dicho precepto, que justifiquen la adopción de la resolución procedente inaudita parte, pues, en caso contrario y como establece la letra b), el incidente habrá de tramitarse por el procedimiento ordinario.

El referido precepto procesal permite la adopción de medidas cautelares, sin oír a la parte contraria, cuando concurren circunstancias de especial urgencia, es decir, circunstancias que pongan 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.

Son, fundamentalmente, estas dos circunstancias, inmediatez de la ejecución del acto y dificultad o imposibilidad de reversión de la misma, las que justifican, en su caso, que el interesado acuda diligentemente a la adopción de la medida cautelar con carácter de urgencia, en cuanto la tutela cautelar de las pretensiones del recurrente podría verse perjudicada o dificultada

notablemente si, atendida la naturaleza y alcance del acto impugnado, hubiera de aguardarse, para su adopción, a la tramitación ordinaria del incidente cautelar (auto de 21 de diciembre de 2017, rec. 713/2017).

A las mismas circunstancias se refiere el auto de 28 de septiembre de 2017 (rec. 599/2017), señalando al efecto que: "Frente a ese régimen general de las medidas cautelares, es cierto, como en el escrito promoviendo la de autos se aduce, que el mencionado artículo 135 autoriza a la adopción inmediata de las medidas cautelares contempladas con carácter ordinario "inaudita parte" y en el plazo de dos días. Pero para que proceda esta tramitación y adopción de medidas por tan estrictos trámites, el mismo precepto impone la condición de que concurren "circunstancias de especial urgencia"; exigencia que como se declara en el auto de esta Sala de 21 de mayo de 2014 (recurso 377/2014) comporta poner de manifiesto "una urgencia excepcional o extraordinaria, esto es, de mayor intensidad que la normalmente exigible para la adopción de medidas cautelares que, según los trámites ordinarios, se produce al término del incidente correspondiente, conforme al principio general de audiencia de la otra parte", con sacrificio del principio de contradicción. En esa misma línea, se declara en el auto de 14 de enero del presente año (recurso 800/2015), "Las circunstancias de especial urgencia que requiere el art. 135.1, letra a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, son aquellas que por su entidad no consienten que la toma de decisión sobre una medida cautelar espere, ni tan siquiera, a que transcurra el brevísimo plazo de diez días que ha de concederse a la parte contraria para que pueda alegar sobre la procedencia de aquella". Con mayor precisión se declara en el Auto de 23 de diciembre de 2013 (recurso 512/2013) que "El referido precepto procesal permite la adopción de medidas cautelares, sin oír a la parte contraria, cuando concurren circunstancias de especial urgencia, es decir, circunstancias que pongan de manifiesto que, caso de seguir la tramitación ordinaria del incidente, prevista en el art. 131, la adopción de la medida cautelar resultaría ineficaz, ante una ejecución inmediata y difícilmente reversible del acto impugnado."

A las mismas conclusiones se llega en el auto de 31 de enero de 2018 (rec.32/2018) citado por la parte recurrente y, el más reciente, de 2 de marzo de 2021(rec. 81/2021).

SEGUNDO. Siendo este el estricto régimen legal que habilita para resolver, inaudita parte, la adopción de la medida cautelar solicitada, que exige la justificación de esas circunstancias de especial urgencia por el solicitante, los recurrentes, como se ha reproducido literalmente antes, se limitan a invocar, genéricamente, la posibilidad de huir de la acción de la justicia o de continuar la acción delictiva por la que fueron condenados los indultados, añadiendo que los indultados han alcanzado la libertad de manera inmediata, antes de que comenzarse el plazo para la interposición del recurso, encontrándose la parte en una situación de indefensión y, por lo tanto, a la urgencia en la puesta en libertad de los condenados ahora indultados, debería corresponder la urgencia en la atención de la medida cautelar de suspensión.

Pues bien, la genérica invocación de una "posibilidad" de huir de la acción de la justicia o de continuar la acción delictiva, sin ninguna justificación que permita apreciar la inmediata materialización de tal riesgo, de manera irreversible y antes de que concluyera el corto plazo (que no puede exceder de diez días) de audiencia de la parte contraria y cinco para su resolución, en la tramitación ordinaria de la pieza de medidas cautelares, difícilmente puede considerarse suficiente a efectos de acreditar, como exige el artículo 135.1.a) LJCA, la concurrencia de circunstancias de especial urgencia que justifiquen el sacrificio del principio de contradicción, circunstancias que por su entidad no consienten que la toma de decisión sobre la medida cautelar espere, ni tan siquiera, a que transcurra el brevísimo plazo de hasta diez días que ha de concederse a la parte contraria para que pueda alegar sobre la procedencia de aquella, o, finalmente, circunstancias que pongan 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, como se exige por la jurisprudencia aplicable al caso.



Tampoco se justifica la urgencia con la alegación de la parte, según la cual, a la urgencia en la puesta en libertad de los indultados, debería corresponder la urgencia en la atención de la medida cautelar de suspensión. Dicho planteamiento no parece tomar debidamente 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.

Con su planteamiento, la parte no tiene 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.

Todo ello lleva a considerar que en este caso no se acredita la concurrencia de las circunstancias de especial urgencia a que se refiere el



artículo 135.1.a) de la Ley Jurisdiccional y, en consecuencia, como dispone la letra b), procede ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131 de la misma Ley.

Por lo expuesto

LA SALA ACUERDA: Ordenar la tramitación de este 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. A cuyo efecto se dará traslado a la contraparte para alegaciones, por el plazo de cinco días.

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

D^a Angeles Huet de Sande