

Id. Cendoj: 28079130062015100370
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 08/06/2015

Nº Recurso: 39/2014

Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

Procedimiento: CONTENCIOSO

Idioma: Español

Recurso N° 39/2014

REC.ORDINARIO(c/a) Num.: 39/2014

Votación: 02/06/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José María del Riego Valledor

Secretaría Sr./Sra.: Iltrma. Sra. Dña. M^a Rocío Guerrero Egido

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: SEXTA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Octavio Juan Herrero Pina

Magistrados:

D^a. Margarita Robles Fernández

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. José María del Riego Valledor

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Diego Córdoba Castroverde

D^a. Inés Huerta Garicano

En la Villa de Madrid, a ocho de Junio de dos mil quince.

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo número 39/2014, interpuesto por la Procuradora D^a M^a del Pilar Plaza Frías, en representación de la Asociación Ecologistas en Acción- CODA, contra el Real Decreto 863/2013, de 31 de octubre, sobre indulto de D. Genaro, en el que han intervenido como partes codemandadas la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado y D. Genaro, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Silvia de la Fuente Bravo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Asociación Ecologistas en Acción-CODA interpuso recurso contencioso administrativo contra el citado Real Decreto 863/2013, mediante escrito presentado el 21 de enero de 2014, y la Secretaria de Sala, por diligencia de ordenación de 13 de junio de 2014, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que formulase escrito de demanda, lo que verificó en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando a la Sala que, previos los trámites legales oportunos, dicte en su día sentencia que estime el recurso y declare no ser conforme a derecho y nulo el Real Decreto impugnado en su totalidad.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a la pretensión de la actora, con las alegaciones que estimo convenientes a su derecho, y suplicó a la Sala que dicte sentencia por la que se inadmita el presente recurso o, subsidiariamente, se desestime el mismo, imponiendo a la parte actora las costas del proceso. E igualmente formuló escrito de contestación a la demanda, la representación de D. Genaro, en el que solicitó se acuerde la inadmisión de la demanda instada de contrario, y subsidiariamente, la desestimación de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos y, tras los escritos de conclusiones de las partes, se señaló para votación y fallo el día 2 de junio de 2015, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la Confederación de Ecologistas en Acción-CODA, contra el Real Decreto 863/2013, aprobado por el Consejo de Ministros en su sesión de 31 de octubre de 2013, por el que se indulta a D. Genaro, publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2013, con el siguiente tenor literal:

"Visto el expediente de indulto de don Genaro, condenado por la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección primera, en sentencia de 18 de julio de 2011, resolutoria del recurso de apelación interpuesto contra otra del Juzgado de lo Penal número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, como autor de un delito contra la ordenación del territorio, a la pena de tres años y un día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de tres años y un día, y a la pena de veinticuatro meses y un día de multa con una cuota diaria de sesenta euros, incluyéndose la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas, por hechos cometidos en el año 2004, en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 31 de octubre de 2013.

Vengo en conmutar a don Genaro la pena privativa de libertad impuesta por otra de dos años de prisión, a condición de que proceda a la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas, de acuerdo a lo fallado por el Tribunal sentenciador, dejando subsistentes los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia, y de que no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de tres años desde la publicación del real decreto".

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas en este recurso, hacemos una referencia a los antecedentes más relevantes:

El Juzgado de lo Penal número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia el 24 de mayo de 2010, en el Procedimiento Abreviado 144/20009, seguido entre otros contra D. Genaro, parte codemandada en este recurso.

La indicada sentencia declaró probados, entre otros, los siguientes hechos:

"Genaro, mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador único y representante legal de la empresa RALONS S.A, habiendo previamente adquirido para dicha entidad la propiedad de una finca de 31.243,50 metros cuadrados, sita en lugar denominado "La Milagrosa", donde el camino a Masapez, del termino municipal de Las Palmas de Gran Canaria, sobre suelo clasificado y categorizado en el Plan General de Ordenación del municipio de Las Palmas de Gran Canaria aprobado y vigente en ese momento como suelo rustico de protección medioambiental, sin haber recabado previa licencia de obras del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, actuando como administrador único y representante legal de RALONS S.A, promovió, con total desprecio a la ordenación legal del terreno, la realización de diversas obras no autorizadas y en ningún caso autorizables, por su manifiesta contradicción con el planeamiento vigente, en dicha finca, para la construcción de un estanque de 400 metros cuadrados, de dos aparcamientos, de 250 y 225 metros cuadrados, respectivamente, y de una nueva vía, de 224 metros de longitud y 2 metros de anchura en todo su recorrido, ocupando parcialmente otra de 203 metros de longitud y anchura de un metro en 101 metros cuadrados de su recorrido, pero con al menos 45 metros de longitud siguiendo un nuevo trazado, estando proyectado que toda ella y los mencionados aparcamientos acabaran teniendo placa de hormigón en su superficie, así como otras obras de reforzamiento de muros preexistentes y de construcción de nuevos muros, de cerramiento de la finca con nuevas vallas, consistentes en alambradas de tipo "Hercules", y la nueva construcción de dos edificaciones en el lugar

donde anteriormente había dos dedicadas a pajarera y a pérgola o refugio, llevando consigo tales obras la tala de múltiples árboles y arbustos".

(...)

"Tales obras se promovieron, proyectaron, e iniciaron en su ejecución en el interior de un espacio natural protegido reconocido legalmente como "Paisaje protegido de Pino Santo (C-23)".

(...)

"Como consecuencia de las construcciones anteriormente descritas, financiadas y promovidas por el acusado Genaro, se transformó el terreno del Espacio Natural Protegido con alteración de la geomorfología y arranque de árboles, arbustos y geófilos; construcciones que han destruido valores naturales en el área, el ecosistema potencial de la zona y el hábitat de interés comunitario Bosque Olea, modificando negativamente las características visuales del paisaje".

La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, condenó a D. Genaro, como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en los artículos 319.1 y 339 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a la pena de tres años y un día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de tres años y un día, y a la pena de veinticuatro meses y un día de multa, a razón de una cuota diaria de sesenta euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas contemplada en el artículo 53 del Código Penal, en caso de impago, con expresa imposición de las costas procesales.

Interpusieron recursos de apelación contra la anterior sentencia D. Genaro y el Ministerio Fiscal, este último referido a la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas y al no acogimiento en la sentencia de instancia de la demolición de la obra ilegal, prevista en el artículo 319.3 CP, y la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en su sentencia de 18 de julio de 2011, desestimó el recurso de apelación de D. Genaro, y estimó parcialmente el recurso de apelación del Ministerio Fiscal, en el extremo relativo al no acogimiento de la demolición de la obra ilegal.

La parte dispositiva de la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas efectuó los siguientes pronunciamientos:

Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Genaro, contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2010 del Juzgado de lo Penal Número 5 de Las Palmas, y estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra esta misma resolución, SE CONFIRMA DICHA SENTENCIA, si bien incluyendo la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas por el condenado con la amplitud y las excepciones determinadas en el fundamento de derecho décimo-sexto de la presente resolución, manteniéndose inalterables el resto de pronunciamientos, imponiendo al apelante condenado en la instancia las costas procesales causadas en esta alzada.

La representación de D. Genaro, en escrito de 28 de marzo de 2012, solicitó del Ministerio de Justicia el indulto total de las penas impuestas y, subsidiariamente el indulto parcial de la pena privativa de libertad.

El Ministerio de Justicia inició expediente para resolver la solicitud de indulto (referencia NUM000), y por escrito de 23 de mayo de 2012, solicitó al Presidente de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, el informe preceptivo regulado en la Ley de 18 de junio de 1870, con la solicitud de que "en caso de que ese Órgano Judicial no lleve la ejecutoria del procedimiento de referencia, se ruego remita el presente oficio al juzgado encargado de tal ejecutoria".

La Audiencia Provincial trasladó el anterior escrito al Juzgado de lo Penal número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, que por providencia de 7 de junio de 2012, ordenó la formación en pieza separada de expediente de indulto, acordando unir al mismo certificación de la sentencia dictada por ese órgano judicial, certificación de la Secretaria sobre las responsabilidades civiles dimanantes de la infracción, con consignación de si habían sido cumplidas, la hoja histórico penal del penado del Registro Central de Penados y Rebeldes, informe de la policía sobre conducta del solicitante y, verificado todo lo anterior, recabar informe del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal señaló en su informe que "...no aparece que concurra ninguna circunstancia de las anteriores, que haga necesaria la concesión de indulto total..." y que "...no procede a juicio del Ministerio Fiscal el indulto parcial hasta que no se lleve a cabo la demolición, restauración y reposición a su estado originario de lo ilegalmente construido".

La Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria emitió informe, con fecha 5 de marzo de 2013, en el que concluyó que "...en el presente caso, a la vista de la naturaleza del delito y de la pena impuesta, así como que todavía no se ha procedido a reparar el daño causado mediante la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas, sin que se aprecie arrepentimiento o concienciación de la ilicitud de la conducta por la que fue condenado, y sin que concurren las excepcionales circunstancias que hagan recomendable la medida de gracia, es por lo que estimó aconsejable informar negativamente la concesión del indulto respecto a Genaro".

El Real Decreto 863/2013, de 31 de octubre, cuyo texto antes se ha reproducido, indultó parcialmente a D. Genaro.

TERCERO.- Antes de resolver las cuestiones que plantea la demanda, debemos analizar las causas de inadmisión que oponen las partes codemandadas.

Alega el Abogado del Estado que concurre la causa de inadmisión del artículo 51.1.b) LJCA, por falta de legitimación de la asociación recurrente. Dicha parte, después de la cita de la jurisprudencia de esta Sala sobre el concepto de interés legítimo, estima que si se ponen en relación los fines estatutarios con el fin que se persigue en este recurso, parece claro que el indulto otorgado no pretende en modo alguno lesionar los fines ecologistas de la asociación recurrente, sino simplemente conmutar la pena del beneficiado por la gracia. Admite el Abogado del Estado que, conforme a la Ley 27/2006, los recurrentes podrían ejercer la acción popular en asuntos medioambientales, lo que no acontece en este supuesto, en el que se impugna la concesión de un indulto, a lo que añade que la asociación recurrente no se personó ni en el juicio del Juzgado de lo Penal de Las Palmas, ni en el posterior seguido en apelación, por lo que no fue parte en dichos procesos.

La parte codemandada invocó también el obstáculo procesal de la falta de legitimación de la asociación recurrente, pues no estamos ante un nuevo examen de los motivos de concesión del indulto, sino ante un procedimiento en el que se pretende controlar jurisdiccionalmente la legalidad de la actuación administrativa, y el bien jurídico protegido en este caso no es la protección del medio ambiente, sino el cumplimiento de la legalidad en sus aspectos formales en el procedimiento de concesión de indulto, sin que la preocupación de la asociación recurrente haya sido tal en momentos anteriores, donde se juzgó la actuación de la parte codemandada, al no haberse personado en el procedimiento judicial ante el Juzgado de lo Penal de Las Palmas de Gran Canaria, ni en la fase posterior ante la Audiencia Provincial, ni siquiera en vía de ejecución de sentencia.

El requisito de legitimación viene exigido en el artículo 19 de la LJCA, que señala que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: "a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos", y las demás personas y entidades comprendidas en los demás apartados de este precepto.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción señala, como uno de los ejes de la reforma que acomete, como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución y de los principios consagra, la introducción de "medidas que garantizan la plenitud material de la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo y el criterio favorable al ejercicio de las acciones y recursos y a la defensa de las partes".

Señala la propia Exposición de Motivos de la LJCA que el enunciado de los supuestos en los que la Ley reconoce la legitimación activa, "da idea, en cualquier caso, de la evolución que ha experimentado el recurso contencioso-administrativo, hoy en día instrumento útil para una pluralidad de fines: la defensa del interés personal, la de los intereses colectivos" y los demás recogidos en el citado precepto.

Esta Sala se ha pronunciado en muy numerosas ocasiones sobre el contenido y alcance de concepto de legitimación activa, como requisito habilitante para intervenir como parte actora en los procesos seguidos en esta jurisdicción. En las sentencias de Pleno de 9 de julio de 2013 (recurso 357/2011) y 3 de marzo de 2014 (recurso 4453/2012), con cita de otras anteriores, hemos declarado que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación "ad processum" y la legitimación "ad causam". Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que "es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos". Pero distinta de la anterior es la legitimación "ad causam" que, de forma más concreta, se refiere a "la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor. Constituye la manifestación propiamente dicha de la legitimación y se centra en la relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio", por virtud de la cual esa persona puede intervenir como actor en un determinado litigio.

La cuestión básica para apreciar la concurrencia del requisito de legitimación en una determinada persona física o jurídica, se sitúa en la existencia de un interés legítimo en

la pretensión ejercitada, que debe ser identificado en la interposición de cada recurso contencioso administrativo.

En las sentencias de esta Sala de 13 de diciembre de 2005 (recurso 120/2004) y 20 de marzo de 2012 (recurso 391/2010), hemos señalado que la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, "implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso- administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto."

En suma, definen las sentencias de esta Sala citadas el interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 LJCA, como "la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta".

Esa concreta relación entre la persona física o jurídica y la pretensión ejercitada en cada proceso, explica el carácter casuístico que presenta la legitimación, que también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de 24 de mayo de 2006 (recurso 0957/2003) y 26 de junio de 2007 (recurso 9763/2004), que advierte que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, sino que habrá de indagarse en cada caso la presencia del interés legítimo de la parte, a cuyo fin sirve el proceso.

Para finalizar con este apartado sobre los criterios delimitadores del concepto de legitimación, cabe hacer referencia a la aplicación del principio pro actione en la interpretación de las causas que impiden un examen del fondo de la pretensión. El Tribunal Constitucional ha señalado que la apreciación de cuando concurre el presupuesto de la legitimación activa para recurrir es, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales, si bien "estos últimos quedan compelidos a interpretar las normas procesales que la regulan no sólo de manera

razonable y razonada sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso" (por todas, SSTC 220/2001, 3/2004, 73/2004, 73/2006 y 67/2010), si bien, como añade la STC 23/2011 y las que en ella se citan, "el principio pro actione no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan.

La parte actora, en este recurso contencioso administrativo, es la Confederación de Ecologistas en Acción-Coda, asociación constituida sin ánimo de lucro, inscrita con el número 356 en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior, entre cuyos fines se encuentra, de acuerdo con el artículo 3 de sus Estatutos, "la defensa y conservación del medio ambiente".

En nuestra decisión sobre la concurrencia de legitimación en la asociación recurrente es de singular importancia el tratamiento dispensado por el legislador a las asociaciones que, como la recurrente, asumen como fines estatutarios la defensa y protección del medio ambiente. En este sector de ordenamiento, es de obligada cita el convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998, que nace de la necesidad, reconocida en su Preámbulo por las Partes que lo suscribieron, de proteger, preservar y mejorar el estado del medio ambiente y garantizar un desarrollo sostenible y ecológicamente idóneo, como condición esencial para el bienestar humano, así como el goce de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida. El Convenio reconoce un importante papel en la protección del medio ambiente a los ciudadanos y, en lo que ahora nos interesa, a las organizaciones no gubernamentales, que desarrolla en los tres pilares de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental.

El Convenio de Aarhus fue ratificado por España el 29 de diciembre de 2004, y desde su publicación en el BOE, el 16 de febrero de 2005, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el 96.1 CE.

La Ley 27/2006, de 18 de julio, cuyo objeto es definir un marco jurídico que responda a los compromisos asumidos con la ratificación del Convenio de Aarhus y la trasposición al ordenamiento interno de Directivas comunitarias, que a su vez incorporan para el conjunto de la Unión europea las obligaciones derivadas del Convenio de Aarhus, reconoce en su artículo 22 una acción popular en asuntos mediambientales, en favor de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, que reúnan los requisitos de tener entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente, que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

Como señala la Exposición de Motivos de la citada Ley 27/2006, se consagra definitivamente, de esta manera, una legitimación legal para tutelar un interés difuso como es la protección del medio ambiente, a favor de aquellas organizaciones cuyo objeto social es, precisamente, la tutela de los recursos naturales.

En el caso de la persona jurídica recurrente, no se discute que reúne los requisitos que permiten reconocer en su favor la citada legitimación legal en tutela del interés difuso de la protección del medio ambiente, por tratarse de una asociación sin ánimo de lucro, que tiene entre sus fines estatutarios la defensa y conservación del medio ambiente, constituida legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que desarrolla su actividad en el ámbito estatal.

Por otro lado, esta Sala ya ha examinado algunas de las cuestiones que plantea el requisito de legitimación activa en la impugnación de un indulto. En la sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 2003 (recurso 165/2012), en la que examinamos la legitimación activa del ofendido por un delito para impugnar en esta jurisdicción el Real

Decreto de concesión de un indulto, negábamos que el interés del ofendido se limitara o agotara en la condena penal, y que fuera correcta, a la hora de apreciar la legitimación, la disociación entre condena penal e indulto, al entender que "si la víctima tiene un interés en la condena también lo tiene en el perdón y en su contenido, pues si aquella satisface moralmente un interés personal, el perdón no puede dejar de producir ese mismo efecto procesal por la razón contraria." En todo caso, debe matizarse, como hacíamos en la sentencia citada, que el enjuiciamiento que puede promover el ofendido por el delito no alcanza, desde luego, a la concesión o denegación del indulto, pues el ejercicio del derecho de gracia constituye una facultad potestativa que no es susceptible de control por esta jurisdicción, salvo en lo relativo a los elementos reglados de la gracia, pero dicho lo anterior, cabe señalar, como hacía la indicada sentencia de 20 de diciembre de 2003, que "lo que no es ajeno a la víctima es que, ya que ha de aceptar el perdón público, este se ajuste a lo previsto en la Ley", y este es el interés que asiste a la asociación recurrente en este caso, a la que el legislador encomienda la tutela del interés difuso de la protección del medio ambiente, que no permite combatir en esta jurisdicción la decisión misma de concesión o no del indulto, pero sí en cambio que el mismo se produzca con sujeción a los aspectos formales establecidos por la Ley.

La presencia de este interés legitimador se aprecia incluso en las propias alegaciones del Abogado del Estado, que reconoce que la asociación recurrente podría ejercer la acción popular en asuntos medioambientales, lo que considera que no sucede en el presente caso, en el que se impugna la concesión de un indulto, aunque seguidamente admite que el mismo está condicionado a la demolición de las obras ilegales. Tampoco impide reconocer el interés legítimo de la asociación recurrente la circunstancia, que ponen de manifiesto las partes codemandadas, de su falta de personación en el proceso penal seguido por el delito contra el medio ambiente, pues esa falta de personación en vía penal en nada perjudica ni afecta a los fines de tutela del medio ambiente encomendados a la asociación recurrente por la ley, que pueden actuarse, indistintamente, bien en la persecución de actuaciones contra la ordenación del territorio que puedan ser constitutivas de delito, bien en la oposición al perdón de la

pena impuesta por un delito de esa naturaleza con infracción o al margen de los requisitos establecidos por la ley.

De acuerdo con lo anteriormente razonado, debemos rechazar la causa de inadmisión de falta de legitimación activa, opuesta por las partes codemandadas.

CUARTO.- En su escrito de demanda la parte recurrente sostiene la nulidad del Real Decreto impugnado, en primer lugar, porque era exigible una motivación de especial intensidad, al ser contrarios al indulto los informes emitidos por el Ministerio Fiscal y el Juzgado de lo Penal de Las Palmas de Gran Canaria, y además de ello, porque no existe constancia de las razones de equidad, justicia o utilidad pública que exige la Ley de Indulto para su concesión, como indica la sentencia de Pleno de esta Sala, de 20 de noviembre de 2013.

En segundo lugar, invocó la parte recurrente la ausencia de los elementos reglados exigidos en la Ley, entre los que cita: a) no se han aportado las manifestaciones de uno de los órganos sentenciadores, la Audiencia Provincial de la Isla de Gran Canaria, que modificó el fallo del Juzgado de lo Penal, con cita de los criterios de la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 2014 (recurso 53/2013), b) tampoco existen las manifestaciones de la parte ofendida por el delito, como exige la Ley de indulto, c) no consta el abono de la parte económica de la sanción, y d) tampoco constan indicios del arrepentimiento a que se refiere el artículo 25 de la Ley de Indulto.

Por razones de orden lógico, examinamos en primer lugar las alegaciones que se refieren a las vulneraciones en la tramitación del expediente de indulto.

Dentro del Capítulo sobre el procedimiento para solicitar y conceder la gracia del indulto, el artículo 23 de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto (LI), establece que las solicitudes de indulto se remitirán a informe del "Tribunal sentenciador", que a su vez deberá pedir los informes sobre la conducta del penado a que se refiere el artículo 24 LI, con audiencia posterior del Ministerio Fiscal y la parte agraviada si la hubiere. Una vez obtenidos dichos

informes, el Tribunal sentenciador deberá elaborar su informe, dejando constancia de los datos que indica el artículo 24 LI, que remitirá al Ministerio de Justicia con los documentos exigidos por el artículo 25 LI.

En nuestra sentencia de 17 de marzo de 2014 (recurso 53/2013), invocada por la parte recurrente, abordamos la cuestión de la determinación del Tribunal sentenciador a que se refiere la LI, estimando que este Tribunal sentenciador no tiene necesariamente que coincidir con el órgano judicial encargado de la ejecución, lo que cobra sentido por el hecho de que sea el tribunal que juzgó y condenó, el que informe sobre, entre otros extremos, "la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia", como dispone el artículo 25 LI.

El criterio que resulta de nuestra sentencia de 17 de marzo de 2014 es que, en supuestos en los que la sentencia de instancia es modificada por un tribunal superior al estimar un recurso contra la misma, es este último órgano judicial el que ha de emitir el informe, por encontrarse en mejores condiciones para dictaminar sobre si procede conmutar total o parcialmente la pena que él impuso y sobre la que finalmente versa la solicitud de gracia, sin perjuicio de que pueda valerse de la colaboración del tribunal encargado de la ejecución de la sentencia, para poder informar sobre alguno de los extremos a que se refiere el artículo 25 LI.

Apoyábamos esta conclusión en los criterios mantenidos por la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre esta misma cuestión de qué órgano jurisdiccional tiene la consideración de "tribunal sentenciador", a los efectos de emitir los informes preceptivos exigidos por la Ley del Indulto, cuando la sentencia de instancia ha sido modificada por el Tribunal Supremo.

Los criterios de la Sala Segunda de este Tribunal están recogidos en los autos de 8 de junio de 2001 (3/2001), 27 de junio de 2001 (recurso 30/2000), 7 de enero de 2002 (recurso 2618/1997) y 19 de julio de 2001 (recurso 31/2000), en los que se cita un informe del Ministerio Fiscal sobre la gran variedad de situaciones que pueden producirse cuando la sentencia es objeto de recurso, entre ellos los supuestos

intermedios de agravación de la condena en el recurso, estimación parcial, incidencia sólo en los aspectos civiles de la condena, supuesto similar al que se refiere este recurso, y otros, siendo precisamente esta diversidad de situaciones y posibles respuestas, un argumento para la Sala Segunda en pro de una postura de mayor seguridad jurídica y uniformidad.

Señalan los autos citados de la Sala Segunda que "el punto de divergencia surge en los casos en los que esta Sala, por vía del recurso de casación, casa y anula la sentencia procedente de la Audiencia Provincial, procediendo a dictar nueva sentencia en la que se agrava o reduce la condena impuesta en la instancia, o se modifica parcialmente la sentencia originaria".

Para resolver quien sea el tribunal sentenciador en tales casos, la Sala Segunda señala que "...no puede olvidarse que, en los casos en que el Tribunal Supremo decide casar y anular, se coloca en el lugar del Tribunal sentenciador originario y asume la instancia. Las previsiones de los artículos 901 a 904 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos llevan a la conclusión de que el Tribunal Supremo, cuando estima cualquiera de los motivos de casación de fondo dicta una nueva sentencia en virtud de haber recobrado la instancia, situándose en el lugar que ocupaba el Tribunal del que procede la sentencia casada".

Como conclusión de sus razonamientos, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acoge el criterio de que "cuando se dicta una segunda sentencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo actúa como Tribunal de instancia por lo que parece más lógico que el informe de indulto sea emitido por ella".

Así pues, la Sala Segunda del Tribunal Supremo considera Tribunal sentenciador, a los efectos del informe preceptivo en el expediente de indulto, en aquellos casos de estimación de un recurso de casación, incluso aunque la estimación esté limitada a los aspectos civiles de la condena, al Tribunal que, con la estimación del recurso, se situó en el lugar del Tribunal del que procede la sentencia y modificó total o parcialmente la sentencia recurrida.

Estimamos que las razones que inspiran el criterio sostenido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, son aplicables en el presente supuesto, en el que la Audiencia Provincial estimó el recurso del Ministerio Fiscal, en lo relativo a que no se hubiera acogido en la sentencia de instancia la demolición de la obra, prevista en el artículo 319.3 CP, y modificando parcialmente la sentencia recurrida, ordenó la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas por el condenado, con la amplitud y las excepciones determinadas por la Audiencia Provincial.

En la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de este Tribunal, expresada en la sentencia 901/2012 de 22 de noviembre (recurso 194/2012), la medida facultativa de demolición, prevista con exigencia de una específica motivación en el artículo 319.3 CP, "se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito", lo que sitúa el supuesto dentro de aquellos en los que, de acuerdo con el criterio de la Sala Segunda de este Tribunal antes examinado, debemos considerar Tribunal sentenciador, a los efectos del informe previsto por la Ley de Indulto, al Tribunal que estimó el recurso de apelación interpuesto y modificó la sentencia de instancia.

Ello determina, como razonamos en nuestra precedente sentencia de 17 de marzo de 2014, antes referenciada, la concurrencia de un motivo de anulabilidad del procedimiento tramitado, por la ausencia de un informe preceptivo que puede ser relevante para la decisión sobre la concesión o no del derecho de gracia y el alcance de la misma, lo que determina la nulidad del Real Decreto impugnado para que se remedie el defecto advertido, y exige, a tal fin, ordenar la retroacción de actuaciones, para que se emita el informe previsto en el artículo 23 de la Ley de Indulto por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, con el contenido previsto en el artículo 25 CP, todo ello sin perjuicio de mantener la validez del resto de los informes y de las actuaciones obrantes en el procedimiento, y para que, una vez emitido dicho informe por el tribunal sentenciador competente, se adopte por el Gobierno la decisión que estime oportuna sobre la concesión o denegación de la gracia solicitada y el alcance de la misma.

Por las razones que se han expuesto, procede la estimación parcial del recurso contencioso administrativo.

QUINTO.- Al estimarse parcialmente el recurso no se efectúa imposición de costas, de conformidad con el artículo 139 LJCA, por no apreciarse temeridad o mala fe.

FALLAMOS

ESTIMAR parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación Ecologistas en Acción-CODA, contra el Real Decreto 863/2013, de fecha 31 de octubre, por el que se concedió indulto parcial a D. Genaro, que se anula, ordenando la retroacción de actuaciones para que se emita el informe previsto por el artículo 23 de la Ley de Indulto por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

Sin imposición de costas.

Así, por esta sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA.-08/06/2015

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS Dña. Inés Huerta Garicano y D. Diego Córdoba Castroverde A LA SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2015.

Discrepamos, respetuosamente, del parecer mayoritario en orden a la legitimación activa reconocida a la ASOCIACIÓN ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA para impugnar el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2013 (BOE del día 21 de noviembre), por el que se conmuta la pena de tres años y un día de prisión impuesta a D. Genaro por la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en los arts. 319.1 y 339 del Código Penal, por la de dos años, a condición de que proceda a la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas y de que no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de tres años, dejando subsistentes los demás pronunciamientos contenidos en la Sentencia, MEDIANTE ESTE VOTO PARTICULAR.

Damos por reproducidos los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la Sentencia, y, partiendo de la doctrina general en materia de legitimación, recogida en su Fundamento de Derecho Tercero con cita en diversas Sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no compartimos, sin embargo, la justificación normativa de la legitimación de la actora que se residencia en la legitimación legal para tutelar un interés difuso, como es la protección del medio ambiente, que el art. 22 de la Ley 27/06, de 18 de julio, otorga a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúna los requisitos establecidos en su art. 23.

La Ley 27/06, reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, traspuso a nuestro Ordenamiento Jurídico las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, por las que se incorporaban, de manera armonizada para el conjunto de la Unión, las obligaciones correspondientes a los pilares de acceso a la información y de participación en los asuntos ambientales, que, junto con el acceso a la justicia en esta materia medioambiental, eran los ejes sobre los que pivota el Convenio de Aarhus (que entró

en vigor el 30 de octubre de 2001, fue ratificado por la Comunidad Europea mediante Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005 y por España el 15 de diciembre de 2004, BOE de 16 de febrero de 2005), cuyo objetivo es "contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y bienestar" (art. 1), garantizando los llamados tres pilares del derecho de participación ciudadana como técnica de protección del medio ambiente, apuntados ya en el principio 10 de la Declaración de Río: 1) Derecho de las personas al acceso a la información ambiental; 2) derecho a participar en los procesos de toma de decisiones; y, 3) derecho a entablar un proceso administrativo o judicial para oponerse a las acciones u omisiones de los particulares y autoridades públicas que infrinjan la normativa medioambiental.

La referida Ley 27/06, tiene por objeto -art. 1- regular los derechos de acceso a la información ambiental que obre en poder de las autoridades o de quienes la posean en su nombre (arts. 3ª 14), a participar en los procedimientos para la toma de decisiones sobre asuntos que incidan directa o indirectamente en el medio ambiente, y cuya elaboración o aprobación corresponda a las Administraciones Públicas (arts. 16 a 18), y, por último, "A INSTAR LA REVISIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE LOS ACTOS Y OMISIONES IMPUTABLES A CUALQUIERA DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS QUE SUPONGAN VULNERACIONES DE LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL" (arts. 20 a 23).

Su art. 22, bajo la rúbrica "Acción popular en asuntos medioambientales", que no es tal, sino, como dice su Exposición de Motivos, una especie de "acción pública" que se reconoce sólo a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el art. 23 (asociaciones no gubernamentales, entre cuyos fines estatutarios se encuentre la defensa del medio ambiente en general o de alguno de sus elementos, tenga una antigüedad de al menos dos años y desarrolle su actividad en el ámbito territorial afectado) para impugnar en sede administrativa o jurisdiccional "LOS ACTOS Y, EN SU CASO, LAS OMISIONES IMPUTABLES A LAS AUTORIDADES PÚBLICAS QUE VULNEREN LAS NORMAS RELACIONADAS CON EL MEDIO AMBIENTE ENUMERADAS EN EL ARTÍCULO 18.1", y dicho art. 18.1 enumera las

siguientes materias: protección de las aguas, contra el ruido, de los suelos, contaminación atmosférica, ordenación del territorio rural y urbano y utilización de los suelos, conservación de la naturaleza, diversidad biológica, montes y aprovechamientos forestales, gestión de los residuos, productos químicos, incluidos los biocidas y los plaguicidas, biotecnología, otras emisiones, vertidos y liberación de sustancias en el medio ambiente, evaluación de impacto medioambiental, acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y aquellas otras que establezcan la normativa autonómica.

Luego la legitimación legal que el art. 22 reconoce a este tipo de Asociaciones no tiene otro alcance que la de habilitarlas para accionar contra actos de las Administraciones lesivos al medio ambiente en alguna de estas materias "sin necesidad de invocar ningún derecho o interés lesionado".

Y, en aplicación de este precepto, se ha reconocido legitimación activa a Asociaciones como la aquí actora para impugnar de decisiones administrativas en relación con las materias que acabamos de citar. A título de ejemplo, Sentencias de esta Sala Tercera (Sección Quinta) de 25 de junio de 2008 (casación 905/07) que les reconoció legitimación para impugnar el incumplimiento del condicionado medioambiental del Aeropuerto de Castellón, y, de 1 de diciembre de 2009 (del Pleno, casación 55/07), para recurrir Resoluciones que autorizaban la instalación de una central termoeléctrica de ciclo combinado y la Declaración de Impacto Ambiental (DÍA) sobre el proyecto.

Ahora bien, el acto aquí recurrido no se refiere a ninguna de estas materias, específica y taxativamente recogidas en el precitado art. 18.1 de la Ley 27/06, sino que es un Acuerdo del Consejo de Ministros de concesión de indulto parcial de la pena privativa de libertad impuesta en una Sentencia firme condenatoria de un órgano jurisdiccional penal, resultado del ejercicio del derecho de gracia ("prerrogativa de gracia", art. 87.3 CE, o, "prerrogativa real de gracia", art. 102.3 CE), otorgada al Rey -art. 62.i) CE-, que ha de ejercerla "con arreglo a la ley", y que, en razón de los principios que informan nuestra Monarquía parlamentaria, no es ejercida materialmente

por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno, con arreglo a lo que dispone la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen las reglas para el ejercicio del derecho de gracia de indulto, modificada en parte, tras la entrada en vigor de la Constitución, por la Ley 1/1988, de 14 de enero.

Es, pues, un acto del Gobierno que se exterioriza a través de un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, firmado por el Rey, con el refrendo del Ministro de Justicia y constituye una categoría de acto distinta del acto administrativo, ya que es una facultad potestativa no susceptible de ser combatida en sede jurisdiccional, salvo cuando se incumplan los trámites establecidos para su adopción (o cuando, con arreglo al soporte tático, se advierta "grosso modo" un ejercicio arbitrario de la potestad, proscrito con carácter general, por el art. 9.3 CE, Sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013, R° 13/13). Su concesión o denegación es un acto que no está sujeto a Derecho Administrativo (STS de 11 de diciembre de 2012).

Pero, además, dicho acto (indulto, derogación singular del principio de ejecutividad de las sentencias penales firmes, arts. 117.3 y 118 CE, cuya ejecución compete a los Juzgados y Tribunales) está destinado a producir sus efectos, única y exclusivamente, en el seno de un concreto proceso penal, concluso por sentencia firme condenatoria -cuya pena, en este caso, se conmuta parcialmente-, luego la legitimación para impugnar el indulto en sede contenciosa estará necesaria y directamente ligada a quienes fueron parte en dicho proceso, únicos que han demostrado un "interés" en la punición de la conducta, y, en su caso, "a la parte ofendida si la hubiere" (a la que el art. 24 de la Ley de Indulto exige darle audiencia), y, diríamos más (en una interpretación amplia), al mero ofendido por delito aunque no hubiera sido parte por no haber ejercido la acción particular. Ofendido -concepto jurídico procesal distinto del de perjudicado-, es el titular del bien jurídico protegido por el delito, mientras que el perjudicado es quien, sin ser el titular de ese bien, sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo y para quien la legitimación para recurrir el indulto derivará de su previa personación en la causa penal como acusación particular.

Existen, sin embargo -como refleja el Auto de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2009, R° 48/09- delitos en los que no existe ningún ofendido porque el bien jurídico protegido carece de titular determinable (por afectar a la colectividad o a un valor no individualizable, como en el caso de los delitos medioambientales) o porque éste no puede ejercitar la acción (caso del homicidio).

El delito por el que fue condenado el indultado carecía de titular determinable: el bien jurídico protegido es el medioambiente, cuyo titular es la colectividad.

La Asociación recurrente, aunque tiene como fin estatutario "la defensa y conservación del medio ambiente", entendido como interés medioambiental genérico, no tiene la condición de afectada/ofendida por el delito por lo que sólo tendría legitimación activa para impugnar la decisión de indulto, si hubiera sido parte en el proceso penal mediante el ejercicio de la acción popular dada la naturaleza pública de los delitos medioambientales. Sin embargo no intervino, pudiendo hacerlo. Consiguientemente, entendemos, carece de interés legitimador para cuestionar el indulto, sin que la legitimación legal del art. 22 de la Ley 27/06 pueda extenderse a estos supuestos, máxime cuando el indulto, además, no afecta directa ni indirectamente al bien jurídico protegido por el delito en la medida que el indulto parcial -conmutación de la pena privativa de libertad de tres años y un día por la de dos años- queda condicionado, por lo que aquí interesa, "a la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas, de acuerdo a lo fallado por el Tribunal sentenciador...".

Conforme a todo lo expuesto, entendemos que EL FALLO DE LA SENTENCIA, ACOGIENDO LA CAUSA DE INADMISIBILIDAD OPUESTA POR EL SR. ABOGADO DEL ESTADO Y EL CODEMANDADO, DEBERÍA HABER DECLARADO LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO EN APLICACIÓN DEL ART. 69.B) LJCA.

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Diego Córdoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. José María del Riego Valledor, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.