

ENCUESTA

ENCUESTA SOBRE DERECHO DE GRACIA, AMNISTÍA Y CONSTITUCIÓN

PRESENTACIÓN

Teoría y Realidad Constitucional siempre ha buscado ofrecer una visión dinámica y aún dialéctica de la disciplina científica del derecho constitucional, prestando atención a las aportaciones teóricas, pero también a las demandas de la realidad; es decir, buscando compatibilizar la imprescindible atención a la teoría con la necesaria atención a la realidad de la aplicación de las normas a la vida social y a la compleja dinámica política.

Es cierto, en ese sentido, que prácticamente todos los ámbitos de la disciplina científica del derecho constitucional han sido abordados en nuestra Revista, ya sea en las tradicionales encuestas, o en las diferentes aportaciones a los números ordinarios y monográficos. Sin embargo, como ya nos recordara Zagrebelsky, la riqueza de los supuestos concretos objeto de conflicto en una sociedad son mucho mayores que cualquier abstracción teórica.

En concreto, la dinámica del Estado Autonómico, ciertamente tratada por nuestra Revista, ya desde sus primeros números (la encuesta de su número tercero fue dedicado a ello, y la del número 25 lo repitió), ha devenido en un problema de primer orden. Ciertos movimientos políticos nacionalistas reivindicaron, en un primer momento de manera teórica, un pretendido derecho a la separación (la encuesta del número 10 de nuestra Revista se dedicó a examinar el Derecho de autodeterminación). Desde el nacionalismo vasco se plantearon diversas demandas que fueron analizadas entre otros en la encuesta del número 24 que llevaba por título «¿Sería constitucional el referéndum vasco?». Demandas que fueron reivindicadas años más tarde por el nacionalismo catalán: fue este el que llevó tales reivindicaciones hasta un extremo que generó un proceso ciertamente conflictivo que, de un lado, obligó a pronunciarse al Tribunal Constitucional en su resolución 31/2010, de 28 de junio (al análisis de tal sentencia dedicamos un monográfico, el número 27, encabezado por una no menos interesante encuesta); y, del otro, generó una situación conflictiva de gran magnitud y triste relevancia, no sólo nacional, que también fue analizada en nuestras páginas (el número 37 se dedicó monográficamente a analizar la denominada «Cuestión catalana» en el marco del denominado *procés*). A ello

finalmente se unen numerosos estudios dedicados de manera específica a estas mismas cuestiones a lo largo de estos años.

Ahora nos encontramos en un escenario en el que la amnistía, para aquellos que hubieran cometido algún tipo de delito o ilícito en dicho *procés*, está en el centro del debate político y jurídico. Las reivindicaciones de amnistía fueron una constante del movimiento nacionalista catalán y, finalmente, ha sido asumidas (con discrepancias sobre su extensión final) por el actual gobierno, fruto de un pacto de gobernabilidad ciertamente polémico.

Ya en la anterior legislatura el Consejo de ministros aprobó en junio de 2021 la concesión de indultos a nueve condenados a penas de prisión en el juicio del *procés*. En la actual, como es conocido, movido por reivindicaciones nacionalistas, el Grupo Parlamentario Socialista presentó en 2023 una proposición de ley de amnistía que generó un intenso debate jurídico sobre su conformidad con nuestra Constitución y fue finalmente aprobada en junio de 2024. Frente a las posiciones que defienden su constitucionalidad a partir de su configuración como ley singular en nuestras actuales sociedades abiertas, plurales y conflictivas, se alzan aquellas que entienden que ello supone permitir o dar cobertura en cualquier caso a una supresión de las garantías del Estado de Derecho en nuestra sociedad o al menos a un cuestionamiento de la igualdad, como valor, principio y derecho fundamental. El debate en el foro público no ha sido menor y, también, esta cuestión va a ser objeto de análisis, por unas vías u otras, en instancias supranacionales.

Por todo ello, y con los riesgos que conlleva plantear una encuesta estrictamente jurídico-constitucional sobre un tema tan actual y polémico, nos ha parecido que la revista debía abrir este número con las tradicionales preguntas de nuestra encuesta dedicadas al derecho de gracia y la amnistía, para que profesores expertos en la materia nos ofrezcan sus puntos de vista y reflexiones al respecto. A todos ellos queremos agradecer muy sinceramente su disposición a colaborar con la revista, así como sus respuestas a la encuesta que, de buen seguro, servirán para iluminarnos en un tema con tantas aristas.

CUESTIONES

1. *Para empezar ¿qué consideraciones cree necesario hacer, en una primera aproximación, al sentido histórico del derecho de gracia y a su alcance en un Estado social y democrático de Derecho?*
2. *¿Qué opinión le merece la regulación hoy vigente del ejercicio del derecho de gracia, contenida en un texto original de 1870 y sus modificaciones posteriores? ¿Qué reflexiones le merece la aplicación práctica que se ha realizado de los indultos individuales a partir de dicha regulación?*
3. *En su opinión ¿cuál es la interpretación que debe darse a la exclusión de indultos generales en el art. 62 de la Constitución?*

4. *Desde un punto de vista estrictamente teórico ¿considera que una amnistía podría tener cabida en la Constitución española de 1978? Si es así, ¿en qué términos y en qué condiciones, tanto formales como materiales?*
5. *¿Qué consideraciones le merece en concreto la ley de amnistía? ¿Cumpliría los requisitos o condiciones necesarios para entender que se ajusta a la constitución? ¿Qué aspectos le parece que serían inconstitucionales o de dudosa constitucionalidad?*
6. *A su juicio, la amnistía en general, y la actual ley de amnistía en particular ¿podrían ser contrarias al Derecho originario y/o derivado de la Unión Europea? ¿Y a los estándares internacionales más relevantes en la materia?*

ENCUESTADOS

CÉSAR AGUADO RENEDO, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid

ANA CARMONA CONTRERAS, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla

ALICIA GIL GIL, Catedrática de Derecho Penal, Universidad Nacional de Educación a Distancia

ENRIQUE LINDE PANIAGUA, Profesor Emérito de Derecho Administrativo

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, Catedrático de Derecho Constitucional, Universitat Pompeu Fabra

RESPUESTAS

1. *Para empezar ¿qué consideraciones cree necesario hacer, en una primera aproximación, al sentido histórico del derecho de gracia y a su alcance en un Estado social y democrático de Derecho?*

CÉSAR AGUADO RENEDO

PREMISA: El paisaje de fondo de las respuestas que siguen, viene constituido por una concepción de la gracia como, esencialmente, válvula de seguridad de la estabilidad básica del Estado de derecho o, en su caso, de su misma pervivencia consecuencia de situaciones de importante riesgo. Una idea que, si podría resultarme cierta pero difusa hace unos años, las experiencias del intento independentista de Cataluña primero y de la pandemia de Covid después, vale decir en términos constitucionales, de la aplicación de los artículos 155 y 116.2 de nuestra Norma Fundamental, han supuesto que deje de serme vaga o indefinida.

Como estas previsiones, la de la amnistía es de las que se anhelan que su aplicación no se produzca, pero que más vale contemplarlas porque no hacerlo, sobre no evitar las respectivas realidades cuando sobrevengan, comportará con toda probabilidad forzar el ordenamiento para atenderlas y, con ello, añadir importantes problemas jurídicos a los graves problemas fácticos.

Con los supuestos citados de coerción estatal y de estado de alarma, tiene en común la amnistía su carácter excepcional y, por tanto, que su potencial aplicabilidad haya de ser muy restringida, pero también la conveniencia de prever su posibilidad. Y, por supuesto, con tales cláusulas de intervención, como con todo, tiene en común también que de ella pueda hacerse un uso adecuado, menos adecuado o manifiestamente indebido. Pero el remedio a estas dos últimas posibilidades no parece que sea su prohibición o supresión, al menos hoy por hoy; sí lo es su control político y jurisdiccional constitucional.

Sentado lo anterior como premisa, cabe entrar a responder las preguntas.

El sentido de la primera pregunta conlleva ya la respuesta. La gracia es una institución que, más que provenir de la historia, es inherente a ella en tanto en cuanto siempre ha habido quien tenía capacidad de dirigir los destinos de otros, es decir, que dominaba a los demás; y una manifestación de tal dominio era disponer mandatos para que estos los cumplieren y, por su misma condición de dominante, dispensar libérrimamente de ellos, sin embargo, a quien lo desease. Junto con otras potestades (acuñación de moneda, mando supremo de ejércitos, representación de los habitantes del territorio ante los mandatarios de otros territorios y, sobre todo, potestad normativa irrestricta), resultaba caracterizadora de la soberanía. El advenimiento del Estado de derecho, y con él la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, que conllevaba el cumplimiento de lo dispuesto en éstas ante las que todos eran iguales (art. 6 DDHC de 1789), pareció incompatible con su pervivencia. Pero su más que probada subsistencia, ya explícita ya implícitamente reconocida entre los Estados tenidos como referencias en su desenvolvimiento jurídicamente ordenado, rebate esa idea.

En rigor, no hay inconsecuencia en esa pervivencia, toda vez que ahora la gracia sigue siendo del soberano, solo que en vez de ser éste el príncipe, es el pueblo o la nación, y que la ley, que es la forma habitual de su concesión, resulta producto de su voluntad como voluntad general (mismo capital precepto histórico antes citado). Eso sí, quien formula la concesión concreta de la gracia en cada caso, no es el pueblo o la nación mismos, sino sus representantes parlamentarios, lo que facilita la comprensión teórica de su sumisión al control jurisdiccional; comprensión que se haría más que difícil si la gracia se adoptase por decisión del pueblo convocado a referéndum.

La enorme diferencia de la potestad de gracia antes y después del surgimiento del Estado de derecho, no estriba en quién la otorga ni en sus beneficios jurídicos para los destinatarios, sino en la razón de ser de tal tipo de Estado —de derecho—, que es la de limitar el poder mediante lo que determinen de las leyes y, en su forma más completa, que es el Estado constitucional —y no simplemente

legal— de derecho, la de limitar el poder mediante los contenidos propios de una Constitución, que no son solo reglas, sino también principios y valores. Limitación que alcanza en primer lugar al propio poder legislativo (por representantes que sean de la soberanía popular quienes lo ejercen) y, por consecuencia, al producto típico de su función, la ley, incluida, claro está, aquella que tenga por objeto una amnistía.

Señalada esta capital diferencia de la gracia antes y después del advenimiento del Estado de derecho, la contumacia de su subsistencia en la mayoría de los Estados puede interpretarse como un reconocimiento implícito de la imperfección de sus ordenamientos jurídicos, aunque hayan experimentado una sofisticación extraordinaria en su devenir, sobre todo en el ámbito penal y, en general, sancionador, de suerte que, para casos sobre todo extraordinarios, el Estado se resiste a abandonar un instrumento cuya agilidad y efectividad es muy superior a las que ofrece el procedimiento legislativo, incluidas sus variedades apocopadas (urgencia, lectura única). Cuando de la agilidad y taxatividad de un procedimiento para otorgar *ad hoc* beneficios jurídicos extremos es posible que dependa la subsistencia misma del propio sistema tal y como se quiere mantener, la amnistía puede constituir una válvula de seguridad.

ANA CARMONA CONTRERAS

Históricamente, la potestad de gracia se configura como uno de los elementos incardinados en la noción de soberanía. Muy tempranamente, mucho antes de la afirmación del absolutismo monárquico, ya en Las Partidas se aludía a los indultos «festivos o conmemorativos», que eran concedidos por el Rey cuando, según su arbitrio y libre parecer, estimaba la concurrencia de algunas de las circunstancias aludidas. Con posterioridad, ya en un contexto de reforzamiento extremo de la institución regia y su poder institucional, la referencia a J. Bodin resulta imprescindible, afirmando expresamente este autor que uno de los atributos del soberano es «conceder gracia a los condenados por encima de las sentencias y contra el vigor de las leyes». En su configuración histórica, por lo tanto, el ejercicio del poder de gracia es ilimitado y no responde más que a la voluntad del Rey que, con la implantación del absolutismo, se erige en titular único y encarnación personal de la soberanía (*legibus solutus*).

Con el fin de la monarquía absoluta y la afirmación de una concepción del poder sometido al Derecho que trajeron consigo las revoluciones burguesas, el monarca, si bien fue despojado de su precedente condición de soberano único por derecho divino, mantuvo en su esfera decisional la potestad de gracia. No obstante, sin desprenderse de su inherente vinculación con la noción de soberanía de la que sigue siendo un reducto superviviente, en la nueva configuración del Estado, el ejercicio de la gracia regia se vincula a lo dispuesto por la ley. Poner coto a la arbitrariedad, así como embridar dentro de ciertos límites la voluntad

del Rey se perfilan como elementos determinantes de su regulación en el nuevo escenario jurídico e institucional imperante. Claros ejemplos de esta renovada aproximación vienen de la mano de nuestras Constituciones decimonónicas que, siguiendo la senda inicialmente marcada por la de 1812 (artículo 171.13), prevén entre las facultades del monarca, la de «indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes». Una aproximación más elaborada asume, por su parte, la Constitución de 1869, puesto que, manteniendo el principio de vinculación a la ley en el ejercicio regio de su potestad de gracia (artículo 73.6), somete a la previa autorización contenida en una ley especial la concesión de indultos generales y de la amnistía (artículo 74.5).

En el nuevo ciclo constitucional en el que se inserta el texto aprobado en 1931 tras la proclamación de la segunda República, el derecho de gracia no va a correr una suerte similar a la Monarquía, puesto que no desaparece. En todo caso, incorpora unos rasgos configuradores dotados de gran precisión, según se desprende del tenor literal del artículo 102 de la Constitución, en donde la potestad de amnistía recae en el Parlamento y la de conceder indultos particulares en el Tribunal Supremo «a propuesta del sentenciador, del fiscal de la Junta de Prisiones o a petición de parte». En supuestos de «delitos de extrema gravedad», se prevé la posibilidad de indultar, recayendo la competencia en «el presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable». Tan pormenorizada regulación a cargo de la Norma Suprema pone en evidencia la necesidad de limitar el ejercicio de las dos manifestaciones de gracia contempladas, sometiéndolas al cumplimiento de requisitos de diversa índole que garanticen un uso no abusivo o arbitrario de las mismas. Esta actitud de máximo celo regulador en el texto constitucional republicano contrasta abiertamente con el acusado laconismo del que hace gala el de 1978 en su artículo 62.i), cuyo contenido se aparta de su inmediato predecesor y muestra una sintonía directa con lo establecido por la Constitución de 1812 y sus posteriores herederas. Nada se dispone ahora en relación con la amnistía y por lo que se refiere a los indultos, quedan prohibidos los generales y su ejercicio se llevará a cabo con arreglo a la ley.

No admite, pues, discusión que el derecho de gracia, ese vestigio anacrónico del periclitado poder absoluto del soberano regio, sigue estando vigente en el Estado social y democrático de derecho instaurado por la Constitución de 1978. Ahora bien, también resulta indiscutible que la comprensión de tal derecho debe tener muy presente el marco de referencia en el que opera, esto es, un ordenamiento que es fruto de la soberanía popular, en el que la Constitución vincula a todos los poderes (artículo 9.1 CE), la arbitrariedad queda proscrita (artículo 9.3 CE), la igualdad y la prohibición de discriminación es un derecho fundamental (artículo 14 CE) y que cuenta con un diseño institucional en el que se proclama la independencia del poder judicial, así como su potestad para «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (artículo 117.3 CE).

En este contexto constitucional de referencia hallar un punto de equilibrio, así como acotar un espacio jurídicamente adecuado para el derecho de gracia en

nuestro Estado de Derecho es una tarea extraordinariamente compleja y que se muestra plagada de múltiples dificultades. En las respuestas a las preguntas que siguen a continuación se formulan una serie de consideraciones en virtud de las cuales pretendemos ofrecer una serie de pautas interpretativas en torno al alcance y comprensión tanto del indulto como de la amnistía en el vigente ordenamiento constitucional.

ALICIA GIL GIL

El derecho de gracia, tanto en su modalidad del indulto, como prerrogativa del Poder Ejecutivo, como en la de las leyes de amnistía, aprobadas por el Poder Legislativo, ha sido con frecuencia criticado como algo anacrónico que se compadece mal con los principios de igualdad ante la ley y, al menos en el caso del indulto (algunos autores, y el CGPJ en su informe, entienden que en ambos casos), también con la separación de poderes, propios de un Estado democrático. Sin embargo, en mi opinión y de otros muchos penalistas, no resulta oportuno prescindir de estas instituciones, pues su uso medido y bien fundamentado puede servir para evitar o paliar las disfunciones del sistema. En primer lugar, es imprescindible distinguir el indulto de la figura de la amnistía. En el indulto el Poder Ejecutivo renuncia al ejercicio total o parcial del *ius puniendi* en un caso concreto (el art. 62 CE prohíbe los indultos generales). Tiene como consecuencia la remisión total o parcial de la pena impuesta o en ejecución, o su sustitución por otra menos grave, pero no afecta a otras consecuencias derivadas de la infracción penal, como la responsabilidad civil, las costas procesales o los antecedentes penales. La amnistía, a diferencia del indulto, constituye una declaración general del Poder Legislativo, que supone una derogación temporal o transitoria de la ley penal, que provoca su inaplicación a hechos pasados y beneficia a una pluralidad de sujetos, de manera que se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la iniciación de otros nuevos por los hechos que caen en la órbita de la amnistía (Gracia Martín; Linde Paniagua).

Ambas instituciones, como dije, pueden seguir siendo necesarias si se utilizan adecuadamente. El indulto, a pesar de su «mala prensa» es una institución universal y de gran arraigo histórico, que puede servir para reparar aquellas situaciones concretas en las que «de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo», tal y como establece el art. 4 del Código penal de 1995. En particular, en la doctrina penalista se entiende que el indulto puede aplicarse cuando en el caso concreto la pena impuesta o su medida o gravedad no parecen necesarias para alcanzar los fines que se asignan a la misma. Por ejemplo, cuando el delincuente ya se encuentra resocializado o no resulta ya peligroso cuando se va a ejecutar la pena, o cuando

por circunstancias del caso concreto, no previstas en la ley, la pena resulta excesiva, etc.

Tampoco puede descartarse por completo que la amnistía siga siendo necesaria. Con frecuencia su utilización responde a consideraciones político-criminales que aconsejan renunciar a la persecución penal con el fin de favorecer la consecución de otros objetivos, como un acuerdo de paz, una reconciliación nacional, una regularización de amplios sectores de la sociedad colocados en la ilegalidad, encaminada a imponer la regulación desde una «tabla rasa» sobre los delitos anteriores, etc. Por ello, algunos autores sitúan las amnistías en el ámbito de la punibilidad (yo misma).

Hay que precisar que ante una eventualidad como las descritas pueden darse dos tipos de situaciones. La primera es que el Derecho de la etapa anterior se considere un «derecho injusto»; entonces corresponde la derogación de la legislación injusta y la aplicación retroactiva de la nueva legislación. Pero esta posibilidad es aplicable para eliminar la cualidad de delictivos de aquellas conductas que con el nuevo régimen político se consideran el ejercicio de un derecho fundamental, o simplemente cuestiones que entran en el ejercicio de las libertades, o incluso que pertenecen al ámbito de la moral, pero no deben ser criminalizadas, etc. Pero puede suceder también que la ley penal no se considere injusta con carácter general, sino solo inconveniente de manera transitoria para la consecución de fines más importantes. Este es el ámbito para las leyes de amnistía.

Cada una de las citadas modalidades del derecho de gracia tiene su ámbito de aplicación, sus requisitos, sus ventajas y sus inconvenientes. El indulto, como medida particular, atiende a las circunstancias de una persona concreta. Tiene el problema de ser una medida del Ejecutivo, lo que genera cierto rechazo por la quiebra del principio de legalidad y de igualdad ante la Ley que supone, y de la separación de poderes, como ya mencioné. Por ello debe estar muy bien justificado. Pero tiene la ventaja, frente a la amnistía, de que en el proceso de indulto lo que se paraliza es la ejecución de la pena, subsistiendo el efecto comunicativo de la sentencia, que tan útil es a lo que en Derecho penal llamamos la función «preventivo general positiva» del Derecho penal.

La amnistía, en cambio, corresponde al Legislativo, lo que salvaría algunas de las objeciones mencionadas respecto del indulto. Pero tiene el efecto de borrar el delito. No hay, siquiera, una declaración de lo injusto cometido y su magnitud a través de una sentencia condenatoria. Por ello, en Derecho penal internacional y Justicia transicional se viene limitando cada vez más el ámbito de las amnistías, y se exige que sean siempre condicionadas al cumplimiento por los amnistiados de otras prestaciones en favor de las víctimas y de la sociedad, como la prestación de «verdad» (reconocimiento de los hechos y de su injusticia), «reparación» y «garantías de no repetición».

Quizás pensemos que en nuestro Estado democrático nunca vamos a necesitar de una amnistía, teniendo en mente la de 1977 que permitió el tránsito del régimen franquista al democrático. Pero esto no se puede saber. Por un lado, ya

vigente la Constitución se han decretado varias amnistías. Así, por ejemplo, la amnistía fiscal de 1991, dada antes de la reforma fiscal y de la creación de la Agencia Tributaria, eximía de sanciones de todo tipo (también las penales) si se regularizaba la deuda tributaria —aun no descubierta— hasta cierta fecha. Por otro lado, ante la insistencia de los partidarios de resucitar las responsabilidades penales por los crímenes de la guerra civil y del franquismo, el TS reconoció expresamente la vigencia de la amnistía de 1977, y su no derogación tácita por la Constitución (STS 101/2012, de 27 de febrero). Además, ya vigente la Constitución fue necesario ampliar la amnistía del 77 con medidas que en la época no había sido posible adoptar por la presión de los militares. Así, por ejemplo, se aprobó la Ley 24/1986 de 24 de diciembre, de rehabilitación de militares profesionales, que en su art. 1 amnistiaba, por fin, las penas accesorias de separación del servicio o pérdida de empleo, que había dejado expresamente vivas la Ley de amnistía del 77 en su art. 78. Ojalá jamás necesitemos verdaderamente una ley de amnistía. Ello significaría que no hay ninguna disfunción en nuestro sistema y que no se produce ninguna quiebra en nuestra democracia. Pero como esto no lo podemos saber, el propio constituyente dejó abierta la posibilidad, al decidir no constitucionalizar la materia, según consta en la minuta de las sesiones de la Comisión Constitucional.

Por todo lo dicho, el llamado «derecho de gracia» debe subsistir, pero no como una prerrogativa arbitraria de alguno de los poderes del Estado. Esta faceta, más propia del antiguo régimen y de su atribución al monarca, no es ya compatible con el Estado de Derecho. Las Constituciones democráticas —incluso cuando no lo mencionen en todas sus variantes— han ido confinando el derecho de gracia, de manera que ahora se exige una justificación y unos límites, acordes con su fundamento y finalidad para afirmar su legitimidad. Una ley de amnistía debe cumplir con los mandatos y principios constitucionales, como cualquier otra ley. El primero, la interdicción de la arbitrariedad.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

La clemencia, denominación que comprende la amnistía y el indulto, ha sido y sigue siendo la máxima expresión del poder. Desde tiempos remotos la soberanía se asocia a la potestad de perdonar en sus distintas versiones. De acuerdo con nuestra Constitución mediante la amnistía el representante del soberano, las Cortes Generales, deroga retroactiva y transitoriamente leyes u otras normas extinguiendo la responsabilidad de los que fueron condenados o pudieran serlo en el futuro por la comisión de delitos o infracciones administrativas. Y mediante el indulto, el Gobierno exonera a los condenados del cumplimiento total o parcial de las penas o sanciones que les fueron impuestas.

Me parece preocupante comprobar que detrás de la oposición de ciertos sectores doctrinales y políticos a que se concedan amnistías e indultos se encuentran

ciudadanos que tienen una concepción meramente retributiva de las penas y sanciones administrativas, y una inflexibilidad sobresaliente para considerar que las personas que han delinquido o que han cometido infracciones administrativas puedan ser perdonadas. Y esta preocupación deriva de que nuestra Constitución en su artículo 25.2 establece con claridad que: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...» Se trata de un precepto extraordinario que no tiene parangón en las Constituciones Europeas, pero que acierta desterrando el odio y la venganza de nuestro sistema penal, que permite que el representante soberano o el Gobierno puedan adoptar actos de clemencia con la finalidad prevista en el precepto constitucional transcrito.

Ni el indulto ni la amnistía son olvido (aunque la palabra amnistía proceda del griego y signifique en ese idioma olvido): son perdón, con la finalidad de incorporar a los que han delinquido o cometido infracciones administrativas a la senda del cumplimiento de la Constitución y las leyes. Diría más, no es posible calificar a un sistema político de democracia avanzada si los poderes públicos no disponen de los instrumentos de la amnistía y del indulto. Cosa diferente es como se regulen; cuales sean los requisitos para su concesión. La concesión de una amnistía debiera exigir siempre un grado altísimo de consenso de la sociedad, que se reflejara en una gran mayoría de los integrantes de las cámaras legislativas, más allá de la mayoría absoluta que hoy se exige para la aprobación de leyes orgánicas. Y su concesión debiera exigir el compromiso de los amnistiados de no volver a cometer los delitos por los que fueron amnistiados, so pena de tener que cumplir las penas amnistiadas. Por su parte, los indultos particulares deben permitir la reincorporación de los delincuentes rehabilitados a la sociedad, pero deben estar también condicionados en los mismos términos referidos para los amnistiados.

Desde la Antigüedad los grandes políticos y humanistas han considerado que el Estado debe practicar la clemencia. Valga por todos el gran político y escritor romano, de origen cordobés, Lucio Anneo Séneca, que entre otras lecciones llenas de sabiduría dice en su libro *Sobre la clemencia*: «Hay que perdonar, por tanto, incluso a los ciudadanos reprobables, lo mismo que cuando los miembros enferman, también, si alguna vez es menester hacer una sangría, debemos controlar la mano para que no saje más allá de lo necesario.»... «la clemencia proporcionará felicidad y tranquilidad a cualquier casa a la que llegue, pero en palacio, cuanto más rara, tanto más admirable. ¿Qué cosa hay, en efecto, más digna de memoria el que aquel, a cuya cólera nada se opone, a cuya más rigurosa sentencia dan su asentimiento los mismos que pierden la vida, a quién nadie interpelará, es más, si se irritó con mucha vehemencia, nadie siquiera suplicará, que ese mismo hombre se autocontrole y haga un uso mejor y más sosegado de su poder...» Ese hombre, el emperador al que Séneca se refiere, es en nuestros días el representante del pueblo soberano, las Cortes Generales. Como escribió Maquiavelo en *El Príncipe*: «todo príncipe debe desear ser tenido por clemente y no por cruel. Sin embargo, debe cuidar de no usar mal esta clemencia».

Celebraría con gozo los indultos y la amnistía a los responsables del *procés*: si no fuera por el contexto en que se han producido; si no fuera porque lejos de disuadirlos de continuar su disparatada aventura secesionista les conduce hacia posiciones más extremistas. Todo parece indicar que seguiremos en tiempos revueltos.

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

Ciertamente, nos encontramos ante una de esas instituciones que tiene su origen en el poder monárquico, de carácter formalmente absoluto, en el que la Corona puede adoptar medidas de excepción que, sin límites, *rectifican* las medidas adoptadas en el marco del sistema jurídico; lo que en la tradición británica se conoce como *The Royal Prerogative of Mercy (RPM)*, que tiene su origen en el *Act of Settlement* (1700), que permitía al Rey perdonar «después de que el acusado haya sido condenado y sentenciado». Y ha llegado hasta nuestros días a través de las primeras Constituciones liberales. La *Pardon Clause* del Artículo II, Sección 2, Cláusula 1, de la Constitución de los Estados Unidos es el referente ineludible, en el que, en el contexto de un sistema presidencialista, la atribución al Presidente de la antigua prerrogativa del Monarca se produce con bastante naturalidad: el Presidente tiene el poder de otorgar *indultos y perdones* —*reprieves and pardons*— respecto a crímenes federales, excepto en caso de *impeachment*. Por esta vía, y por la evolución de la británica de la *RPM*, ha llegado a todas las Constituciones democráticas modernas, entre las que se encuentra la española.

La generalizada acogida de la prerrogativa de gracia en los sistemas constitucionales modernos tendría que resolver la cuestión de su compatibilidad con los sistemas democráticos. A partir de ahí, por tanto, habría que precisar las exigencias que un sistema democrático debe imponer al ejercicio de esta prerrogativa *absolutista*, como poder derogatorio de las consecuencias de la aplicación del Derecho en un ámbito tan sensible como el penal. La cuestión a afrontar, en concreto, es la de si en un sistema democrático la prerrogativa de gracia se puede seguir configurando como un poder *arbitrario*, en la medida en que se trate de un poder absolutamente discrecional que no queda sometido a ninguna restricción o límite, o si, por el contrario, tiene que estar sujeto a límites. Se plantea, así, la cuestión de la legitimidad de una medida que deroga las exigencias que se derivan del sistema jurídico.

Desde una perspectiva sistémica, la legitimidad del mantenimiento de la prerrogativa de gracia en sistemas políticos democráticos, en la actualidad, no puede ser otra que la aceptación de que la justicia formal derivada de la aplicación de las previsiones del sistema legal penal puede, en casos concretos, ser contraria a la justicia material; o, en palabras del TC, cuando por distintas circunstancias las penas impuestas pierden total o parcialmente su sentido. Es decir, la aceptación de que la aplicación del Derecho penal puede tener, en ocasiones, efectos

injustos. Aceptar esta hipótesis no tendría que resultar difícil para cualquier persona con experiencia práctica y sensibilidad suficiente ante la compleja realidad de la vida humana y social y de la aplicación de las leyes penales. Pero, por su misma naturaleza, esas hipotéticas contradicciones entre justicia formal y justicia material solo pueden ser de carácter excepcional, porque, de lo contrario, se estaría poniendo de manifiesto un sistema legal llamativamente defectuoso, que requeriría su reforma.

Aceptada esa justificación sistémica, el ejercicio de la prerrogativa de gracia tiene que estar legitimado individualmente, de forma que concurra en el caso concreto el choque entre ambas concepciones de la justicia. Por tanto, la aplicación de la prerrogativa de gracia exige sólida justificación en el caso concreto, en cada supuesto en el que se aplique.

Esta es la razón por la que en los sistemas democráticos modernos se ha tratado, crecientemente, de poner límites crecientemente estrictos al ejercicio de ese poder de perdón, de forma que no se configure como un poder incontrolado, manifestación de un poder *arbitrario*, carente de requisitos y de límites, manifestación del «capricho» de quien tiene el poder de perdonar. En este conflicto entre el impulso a condicionar el ejercicio del perdón y la tentación de hacerlo sin límites ni cortapisas, los sistemas democráticos ponen en juego la legitimidad de este poder excepcional.

En el ámbito democrático, la forma de tratar de garantizar que el ejercicio del poder de perdón no sea ejercido de forma arbitraria tiene varios caminos disponibles, complementarios entre sí: la determinación de las situaciones en que es posible utilizar la prerrogativa, limitándola materialmente; el establecimiento de un procedimiento que, con carácter previo y con participación plural, *filtre* los casos en los que el perdón está justificado; la garantía de la *transparencia* del proceso, de forma que sea posible un escrutinio público, que haga factible el control por parte de los órganos políticos representativos (Parlamento) y, en última instancia, de la opinión pública; y, finalmente, la posibilidad de control judicial.

Un ejemplo significativo, en este sentido, es la configuración de la *RPM* en el RU, ejercido, en la práctica, por el Ministro (*Secretary*) del Gabinete que corresponda según el caso. En este sistema, están delimitados los supuestos en los que se puede ejercer la prerrogativa —sea en su modalidad de *Free Pardon* o de *Conditional Pardon*— a los casos en que no es viable acudir a un tribunal de apelación, aparición de nuevas pruebas que no pudieron ser presentadas ante el tribunal y que demuestran más allá de toda duda que no se cometió el delito o casos en los que el condenado no lo cometió. Existe, de acuerdo con la *Criminal Appeal Act 1995*, una Comisión (la *Criminal Cases Review Commission*) que es la que informa —y condiciona— el ejercicio de la prerrogativa por parte del Ministro, lo que ha reducido considerablemente el uso de la prerrogativa de gracia en el RU. Y, por convención constitucional, ese proceso se realiza de forma transparente, a través del Secretario de la Cancillería de la Corona. Como es evidente, se trata de la

prerrogativa de gracia en el ámbito de lo que en nuestro sistema denominamos *indulto*, en sentido estricto.

En cualquier caso, hay que admitir que los supuestos materiales en los que se puede ejercer la prerrogativa de gracia deben tener cierta flexibilidad o indeterminación, para permitir afrontar casos singulares; es decir, se trata de un poder que no permite una regulación absolutamente precisa en relación con los supuestos materiales. Esa característica es la que refuerza la importancia de la regulación procedimental, con la participación de un órgano que impida el ejercicio unipersonal del poder y, finalmente, la plena transparencia del proceso y de la decisión. En este sentido, la normativa británica tiene interés.

Las fuertes tensiones a las que están sometidos los sistemas políticos democráticos en la actualidad se reflejan directamente en este ámbito, en el que se denota un fuerte impulso de la pretensión de configurarlo como un poder absoluto, ilimitado, recuperando su sentido originario como *prerrogativa* absoluta, como poder enteramente discrecional, en el que su titular no esté sometido a límite alguno. Es una tensión que se está extendiendo en numerosos países pero que alcanzó una manifestación extrema en los Estados Unidos por parte del presidente Donald Trump, utilizando su *Pardon Power* para perdonar a colaboradores que habían delinquido en beneficio de los intereses del propio Trump o a amigos de sus familiares. En contra de la jurisprudencia que establece que el *Pardon* presidencial solo puede realizarse con posterioridad a una condena por parte de los Tribunales, el presidente Trump sostenía la pretensión de su capacidad para perdonar crímenes hipotéticos todavía no objeto de condena judicial, así como la posibilidad de perdonarse a sí mismo, incluso de forma anticipada. Es cierto que el carácter presidencialista del sistema norteamericano introduce singularidades que facilitan el planteamiento personalista del ejercicio del *Pardon Power*. Pero el debate producido en Estados Unidos con ocasión de las pretensiones manifestadas por Trump no es una excepción. Pone de manifiesto el riesgo real al que están sometidos los sistemas democráticos actuales, en los que la configuración de la prerrogativa de gracia es solo un elemento, por significativo que sea cualitativamente, del impulso hacia ejercicios crecientemente *cesaristas* del poder político.

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

En un artículo escrito en 1949, que publicó el diario *El País* el día 21 de enero de 1977 («Amnistía es la fuerza de olvidar»), Carl Schmitt se refería a la amnistía como una de las «formas primordiales de la Historia del Derecho». Se trata de una caracterización que expresa de modo evidente la presencia largamente secular de esta institución. Las notas históricas que siguen, necesariamente breves, no se remontarán demasiado en el tiempo.

En el antiguo régimen, «le roi gracie car tel est son plaisir» (A. Lebigre, *La Justice du Roi*, Éditions Complexe, París, 1995, p. 227). El perdón era una ocasión

para recordar la condición soberana del rey, una «cualidad distintiva de los monarcas», en expresión de Montesquieu (*Del Espíritu de las Leyes*, trad. esp., Tecnos, Madrid, 1985, p. 68). Sólo él podía ejercer la clemencia, en ausencia de todo límite. Con plena arbitrariedad, en el sentido más auténtico del término. Poco puede extrañar que un ilustrado como Beccaria lo considerara en 1764 como el «atributo más apetecible de la soberanía», que debería excluirse en una «perfecta legislación, donde las penas fuesen suaves y el método de juzgar arreglado y corriente» (*De los delitos y de las penas*, trad. esp., Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 111). O que Kant aludiera al derecho de gracia en 1797 como «el único derecho que merece el nombre de derecho de majestad» y lo considerara como el «más equívoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su soberanía, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado», razón por la cual propuso limitar su uso únicamente a los delitos de lesa majestad, excluyendo su empleo «en lo que respecta a los crímenes de los súbditos entre sí» (*La Metafísica de las Costumbres*, trad. esp., Tecnos, Madrid, 1989, p. 174).

El poder de perdonar está presente desde 1789 en la historia del constitucionalismo. El artículo 2, sección 2, de la Constitución de los Estados Unidos lo reconoce como una atribución del presidente a la que se suma, además, en el silencio de aquel texto, la competencia del Congreso para aprobar leyes de amnistía (C. Aguado Renedo, «La amnistía en el sistema español: cuestión de interpretación y de control constitucional», *REDC*, n.º 131, 2024, p. 67).

En Europa, sin embargo, el primer Derecho revolucionario quiso acabar con la gracia. La Constitución francesa de 1791 guardó un absoluto silencio sobre el particular, una decisión que en ningún caso puede considerarse consecuencia de un olvido. Se trataba de una institución típica de la monarquía absoluta, con la que se quería acabar. Además, la perspectiva de un nuevo Derecho Penal sustantivo y adjetivo (penas fijas y proporcionales, circunstancias atenuantes, garantías procesales, recursos...) reforzaba la opción del constituyente contraria a la previsión de la clemencia. Sin embargo, la cancelación del derecho de gracia resultó «desastrosa» y se remedió mediante distintas medidas que evitaban el uso del término: suspensiones (*sursis*) de ejecución de penas decididas por el legislador, decisiones similares del Tribunal de Casación y leyes de amnistía, entre otras (A. Lebigre, *cit.*, p. 281, nota 33).

Paradójicamente la amnistía (con este nombre) hizo acto de presencia el mismo día, 14 de septiembre de 1791, en el que el Rey Luis XVI aceptó la Constitución ante la Asamblea Nacional. Ese día se aprueba una ley por la que se declaran «irrevocablement abolis» todos los procedimientos instruidos y todas las sentencias dictadas «por hechos relativos a la Revolución, cualquiera que sea su objeto». Una ley que, paradójicamente de nuevo, puede considerarse como una iniciativa del propio monarca, al que se acababa de privar de su facultad para perdonar. En efecto, cuando Luis XVI expresa por escrito en carta dirigida a la Asamblea Nacional, el día 13 de septiembre de 1791, su voluntad de aceptar la Constitución y de expresar esa aceptación públicamente ante la Asamblea,

propone a los legisladores «una reconciliación», «el olvido del pasado». Aceptada con entusiasmo la propuesta, la ley se vota un día más tarde.

La clemencia, ahora en forma de amnistía que decide el legislador, se resiste a su desaparición y encuentra un espacio al margen de la Constitución. La institución acredita su utilidad y sobrevive, transformada, en el nuevo orden jurídico. No será ésta la única amnistía del período revolucionario, pero el derecho de gracia no se «restablecerá» formalmente hasta 1802, por Napoleón, y se ejercerá repetidamente en sus distintas formas a lo largo de toda la historia constitucional francesa, hasta la actualidad.

En España, los constituyentes gaditanos no fueron tan lejos como los revolucionarios franceses. El artículo 171 de la Constitución de 1812 considera entre las facultades «principales» del Rey la de «indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes» (apartado 13). No se dudó, tal y como recuerda J.L. Requejo Pagés, de la conveniencia de preservar la institución ni de que su ejercicio, que se quería someter a la ley, correspondiera al monarca, aunque los diputados «fueron perfectamente conscientes de su alcance y, sobre todo, de su peligro» («Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», *Historia constitucional*, n.º 2, 2001, p. 85).

Este apurado apunte permite concluir que el poder de perdonar sobrevive, en el Estado moderno, a la monarquía absoluta, aunque se anuncian desde finales del siglo XVIII cambios en sus modos de ejercicio. El caso francés es un muy buen ejemplo de cómo la necesidad se impuso a la convicción de la mayoría de los constituyentes de acabar con una de las expresiones más patentes del poder absoluto del rey.

En materia de clemencia (amnistía, indulto general, indulto particular), la evolución del Estado constitucional a lo largo de los dos últimos siglos ha sido, como ha sucedido con tantas otras instituciones, la crónica de una progresiva racionalización y limitación de las condiciones en las que aquélla se practica. Una mayor intervención parlamentaria para su ejercicio, el control judicial de su contenido y su total prohibición para ciertos ilícitos serían las señas de identidad más evidentes de la transformación de la clemencia en el Estado constitucional de Derecho de nuestro tiempo. De ellas quedan trazas en no pocas decisiones de tribunales nacionales e internacionales y en las Constituciones vigentes, en las que resulta mucho más difícil encontrar una prohibición total (si alguna existe) del poder de perdonar en cualquiera de sus manifestaciones.

La gracia era una parte esencial, indisponible, de la justicia del rey en la monarquía absoluta: un ejercicio de arbitrariedad suprema que compensaba la suprema arbitrariedad de las sentencias de los jueces de su majestad. En una democracia constitucional, con un legislador limitado al concretar los modos de ejercicio del *ius puniendi* y con poder judicial independiente que da contenido a la tutela judicial efectiva, el perdón es más difícilmente justificable. Beccaria, podríamos decir, tenía razón. Pero la historia, me refiero ahora a la del Estado constitucional, ha demostrado la utilidad de los indultos y de las amnistías también en ese nuevo contexto institucional.

2. *¿Qué opinión le merece la regulación hoy vigente del ejercicio del derecho de gracia, contenida en un texto original de 1870 y sus modificaciones posteriores? ¿Qué reflexiones le merece la aplicación práctica que se ha realizado de los indultos individuales a partir de dicha regulación?*

CÉSAR AGUADO RENEDO

Son dos preguntas con identidad propia y así se responden a continuación.

A) La reforma de la Ley de Indulto (LI) se propuso por el PSOE en agosto de 2016 con dos finalidades: volver a introducir la obligación de motivación que el grupo parlamentario del mismo partido suprimió en la única reforma sustancial de la LI en 1988, y excluir de la posibilidad de indulto los delitos de violencia de género y de carácter económico por funcionarios o cargos públicos. La propuesta obtuvo en la votación para la toma en consideración del Congreso de los Diputados (sesión plenaria n.º 27, de 14 de febrero de 2017) un éxito extraordinario: solo un voto en contra frente a 343 a favor. Tan exitosa proposición quedó sin embargo en enunciado de intención, que no ha vuelto a ser reiterada. En ello tuvo mucho que ver la propuesta del principal partido de la oposición entonces, de excluir del indulto los delitos de rebelión y sedición (cabe entender que tal postura tuvo algo que ver con que en esas fechas el *procés* catalán ya había alcanzado un grado próximo a su culmen, que tendría lugar con la fugaz declaración unilateral de independencia en octubre de ese mismo año). El lance resulta paradigma de un fenómeno que no puede decirse que sea precisamente inhabitual en el mundo normativo, y que se da en tanta mayor medida cuanto más relevante materialmente sea la norma a aprobar, a saber: el amplio acuerdo en modificarla, pero el todavía más amplio y profundo desacuerdo a la hora de la verdad, que consiste en concretar el contenido de la modificación.

En mi opinión, la LI ha venido funcionando razonablemente bien como marco regulatorio (otra cosa es cómo se ha utilizado tal marco por los distintos Gobiernos). Juicio favorable que abarca el primer inciso de la misma conforme al cual podrían ser indultados de todo o parte de la pena que les haya sido impuesta los reos «de toda clase de delitos», generosidad de perdón que —resulta oportuno recordar— proviene del legislador del sexenio democrático iniciado tras la revolución de 1868. Desde mi punto de vista, en la actualidad la determinación de delitos como excluidos de indulto en un sistema jurídico avanzado ha de obedecer a obligaciones internacionales contraídas por el Estado mediante la firma de tratados o acuerdos (sobre genocidio, trata de personas, ...). En concreto, en el sistema español los tratados que afecten a los derechos y deberes fundamentales requieren autorización de las Cortes Generales (art. 94 CE), los válidamente celebrados forman parte del ordenamiento interno una vez publicados oficialmente en España (art. 96 CE) y el legislador ha explicitado su prevalencia sobre cualquier norma interna salvo las de rango constitucional (art. 31 de la *Ley 25/2014, de Tratados y Acuerdos internacionales*). Respecto del resto de los ilícitos que no

afecten a derechos trascendentales, a mi parecer la facultad de indultar ha de ser proporcionalmente inversa al grado de perfección del sistema judicial y penitenciario: cuanto mejor funcionen uno y otro (en relación con las dilaciones indebidas, sustitutivos penales, capacidad de seguimiento de los penados, etc.), menos procede el ejercicio de la gracia del indulto.

Dicho esto, el riesgo que comporta el uso de una institución que tiene por naturaleza la discrecionalidad es, naturalmente, su abuso. En este sentido, precisamente la reforma de la LI que tuvo lugar en 1988, esto es cuando ya se habían dejado claros por el Tribunal Constitucional principios esenciales del régimen constitucional, entre ellos el de la motivación de los actos de los poderes públicos, consistiendo, como se ha dicho al inicio, en la supresión de la motivación de los decretos de concesión del indulto (art. 30). Una supresión que no efectuó ni el legislador de la Restauración ni el de los dos regímenes autoritarios del s. XX (aunque ciertamente ello no supusiera especial impedimento para favorecer a quienes quisieran los que en cada momento gobernaban) y que, por lo demás, tiene una virtualidad relativa en un sistema constitucional cuya norma fundamental contiene la prohibición expresa y taxativa de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Por fortuna, así lo ha entendido también la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo controlando indultos concedidos objetivamente significativos (así, SSTs de 20 de noviembre de 2013 o de 20 de marzo de 2018), o por su denegación sin valorar las específicas circunstancias del solicitante (STs de 8 de mayo de 2023). Un proceder meritoriamente irreprochable en mi opinión, porque el Tribunal Supremo lleva a cabo tal control contemporizando con prudencia la naturaleza esencialmente discrecional del indulto con el citado mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Es de esperar que continúe controlándolo con el firme cuidado con el que viene efectuándolo hasta la fecha el más Alto Tribunal ordinario.

Del resto de las modificaciones destacaría favorablemente la última habida de 2015, que obliga a la comparecencia semestral de un alto cargo del Ministerio de Justicia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para informar sobre la concesión y denegación de indultos (actual Disposición Adicional LI). Una obligación de transparencia que es fácil intuir que algo tiene que ver en que el notorio descenso en la concesión de indultos se venga manteniendo en la última década, tal y como decimos a continuación.

B) La aplicación práctica de la potestad de indultar la circunscribo al régimen constitucional actual, dejando para otras sedes su aplicación en tiempos anteriores. La práctica del indulto en estos años se caracteriza por una notable generosidad hasta, como acabamos de señalar, hace algo más de una década. Las estadísticas pueden hallarse en la meritoria web de la Fundación «Civio» y su «Indultómetro», que parte del año 1996. La tabla gráfica que ofrece pone de manifiesto, de un lado, la diferencia de algunos años respecto de los demás en cantidad de indultos concedidos y, de otro, esa tendencia de claro descenso en dicha concesión en los últimos años aludidos. De lo primero destaca el año 2000,

con unos 1.750 indultos concedidos, de ellos 1.143 en el mes de diciembre. La razón general que se dio para ello fue la petición eclesial con motivo del jubileo coincidente con los dos milenios del nacimiento de Cristo. Buena parte de tales indultos (aproximadamente un 40%), beneficiaron a quienes se habían negado a cumplir el servicio militar incurriendo con ello en el delito de insumisión (suprimido en la siguiente legislatura por el Gobierno a la sazón, del mismo color político que había concedido los indultos). Pero, como es bien conocido por los familiarizados con esta materia, entre ellos se indultó también a algún relevante miembro de la carrera judicial condenado a raíz de su modo de proceder en alguna causa entonces muy conocida, y a condenados en su momento por financiación ilegal del principal partido de la oposición cuando se otorgan tales indultos.

Lo habitual es que las razones por las que se conceden los indultos no se expliciten en sus decretos: así venía siendo de facto, pero, como ha quedado dicho, desde la reforma de 1988 de la LI es una práctica que no cabe reprochar al ejecutivo, porque se suprimió la obligación formal que hasta ese momento disponía dicha ley. Las razones de la generosidad de esta gracia en la mayoría de los casos se apuntaban en trabajos académicos o colaboraciones periodísticas de —sobre todo— penalistas. La severidad del Código Penal anterior al actual y la sobrepoblación carcelaria que derivaba de ello eran las razones que se señalaban como explicativas de la abundancia de perdones individuales, de manera que buena parte de estos se proyectaban sobre ilícitos de menor entidad, como el del menudeo en el tráfico de estupefacientes. Un modo de proceder que no suscita gran alarma social, porque sus beneficiarios no son personajes relevantes ni sus ilícitos especialmente ofensivos para particulares, aunque sí una percepción social negativa de la efectividad de la justicia.

Ahora bien, los que sí conocen necesariamente de los indultos son los tribunales sentenciadores, por la sencilla razón de que *ex lege* han de emitir su parecer en relación con su concesión y de que es a ellos a los que indispensablemente les corresponde aplicar la gracia que se conceda. La relación entre los órganos judiciales les permite disponer del panorama correspondiente sobre el tipo de delitos a cuyos autores se les beneficia con este tipo de gracia. Y en este sentido resultaron significativos dos pronunciamientos de colectivos judiciales con sólo un año de diferencia, en relación con la generosidad que exhibía el ejecutivo de su potestad de indultar. Uno primero a finales de 2012, de varios cientos de jueces, en relación con el indulto a cuatro *mosos d'esquadra* condenados a cuatro años y medio de cárcel por torturar a un ciudadano detenido erróneamente. El segundo, más institucionalizado porque se produjo en la XXIII reunión nacional de los Jueces Decanos españoles que tuvo lugar a finales de 2013, habida cuenta de lo que venía ocurriendo, reunión en la que se propuso excepcionar los delitos de corrupción de la posibilidad que prevé el art. 4.4 del Código Penal de suspender la pena impuesta caso de solicitud de indulto, en tanto no se resuelva la petición, si el órgano judicial aprecia en resolución

fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Aunque no pueda deducirse una necesaria relación de causa-efecto, lo cierto es que ya en este segundo año, 2013, se inició un descenso en la concesión de indultos que ha sido constante hasta la fecha y de la que es buena muestra que en 2022 su número fuera de 16, cuando en el segundo semestre del año se tramitaron 1600 y no se concedió ninguno, y en 2023 han sido 11, en este segundo caso además coincidentes en todos ellos los informes favorables del Ministerio fiscal y del tribunal sentenciador. Más aún, las solicitudes mismas de indulto también vienen descendiendo en la última década (datos éstos expuestos en la comparecencia correspondiente del subsecretario del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados).

Esta tendencia es indicadora de un entendimiento recto de la gracia, en este caso en forma de indulto: por su misma naturaleza, su uso ha de ser excepcional y por motivos realmente fundados, como lo es atender a circunstancias personales que subjetivamente ameriten su concesión. En fin, aunque no pueda ignorarse que la tendencia restrictiva en la concesión de indultos puede variar en función de la sensibilidad del Gobierno de turno y de las circunstancias, es de desear y esperar que tal tendencia se consolide y haga de la falta de especificación de los motivos de su concesión una razón de censura política y social al ejecutivo, sin perjuicio del control del ejercicio de la potestad de indultar en casos extremos por su sólida apariencia de abuso de la misma, como el Tribunal Supremo ha venido haciendo en los últimos tiempos, según antes se ha referido.

ANA CARMONA CONTRERAS

Tomando como necesario punto de partida lo dispuesto por el artículo 62 i) CE en relación con los indultos, es posible determinar cuál es el marco en el que dicha institución se inscribe. En primer lugar, su ejercicio corresponde al Rey y debe llevarse a cabo «con arreglo a la ley». Dos consideraciones esenciales merece el enunciado referido. En primer lugar, aclarar que, desde una perspectiva competencial, esta corresponde exclusivamente al Ejecutivo, sin que la decisión relativa a su concesión o rechazo venga a incardinarse, como sucedía históricamente, en el ámbito decisional del Rey. En el contexto de una Monarquía parlamentaria como la instaurada en nuestro ordenamiento por el artículo 1.3 de la Constitución, la figura del Rey aparece despojada de funciones materiales efectivas, limitándose a asumir un rol eminentemente simbólico. Desde tal perspectiva, todas las competencias constitucionalmente atribuidas —y el ejercicio del derecho de gracia no es una excepción— deben entenderse como «actos debidos», cuyo ejercicio recae sobre las instituciones materialmente habilitadas. En el caso de los indultos en el Gobierno de la nación. Por otra parte, el desempeño de dicha competencia, como ya sucedía en distintas constituciones históricas, queda

vinculado a lo que disponga la ley. Tal límite expresamente contemplado en sede constitucional podría considerarse redundante teniendo en cuenta el principio de sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos que, con carácter general, proclama el artículo 9.1 CE. No obstante, y a pesar de la reiteración, con la previsión específica que incorpora el artículo 62.i) CE se cierra el paso a cualquier duda en torno a los límites que ha de respetar el ejercicio del derecho, correspondiendo su determinación al legislador. A este respecto, resulta muy significativo que, a modo de premisa, el propio precepto constitucional establezca una previsión taxativa sobre el radio de actuación de la potestad de gracia aludida, excluyendo «los indultos generales». En función de la técnica reguladora utilizada se colige, a sensu contrario, que en nuestro ordenamiento solo se permiten los indultos de índole particular, esto es, los que tienen como destinatarios a personas individualmente consideradas.

Es sobre la base de las previsiones constitucionales aludidas que debe analizarse el contenido de la ley reguladora del indulto, que data de 1870. A pesar de que la misma ha sido objeto de dos reformas puntuales (en 1988 y en 2015), debe hacerse hincapié en que estamos ante una normativa que muestra evidentes signos de desacople con la realidad del ordenamiento actual, cuyas bases sistémicas son muy distintas de las que concurrían en el momento de su aprobación a finales del siglo XIX. Por tal razón la inactividad del legislador resulta especialmente llamativa, puesto que la impronta histórica que acompaña al indulto y, en buena medida, su anacronismo, debería haber operado como factor determinante para diseñar una regulación acorde con las pautas del vigente Estado democrático de Derecho. Las dos reformas señaladas no han logrado tal efecto, habiéndose limitado a modificar aspectos concretos de la ley de 1970, cuya valoración, por lo demás, resulta muy dispar. En el caso de la operada en 2015, únicamente procedió a incorporar una Disposición adicional, que establece la obligación del Gobierno de remitir semestralmente al Congreso de los diputados «un informe sobre la concesión y denegación de indultos». Obrando de tal modo, se rinde un positivo tributo a la transparencia, atribuyéndole carácter preceptivo a la necesaria información gubernamental en sede parlamentaria.

Por su parte, la reforma precedente (1988) muestra una mayor enjundia en términos sustanciales, puesto que trajo consigo una importante reconfiguración del artículo 30 de la ley, suprimiendo la previsión originaria que establecía el requisito de motivación que debían incorporar los decretos de concesión de los indultos. Tras la modificación operada no genera dudas que la precedente exigencia secular desaparece, puesto que únicamente se prevé que la decisión adoptada por el Consejo de ministros se contenga en el Real Decreto que se publica en el Boletín Oficial del Estado. El sentido de la nueva norma, con la evidente reducción de garantías que esta conlleva, escapa a la lógica inherente al Estado de Derecho y se aparta significativamente de la insoslayable necesidad de embridar el derecho de gracia en el vigente contexto constitucional. Máxime cuando el Gobierno cuenta con un amplio

margen de discrecionalidad para conceder indultos. Recuérdesse que tan solo cuando se trata de un indulto total, la ley vincula su otorgamiento a la concurrencia de «razones de justicia, equidad o utilidad pública», atribuyendo su verificación al juicio del Tribunal sentenciador (artículo 11). Pero aun en este supuesto, el recurso normativo a conceptos jurídicamente indeterminados abre la puerta a una comprensión eminentemente genérica, susceptible de ser entendida en clave extensiva y escasamente controlable en términos judiciales. De este modo, el riesgo de incurrir en la arbitrariedad constitucionalmente proscrita en el artículo 9.3 experimenta un significativo incremento.

A modo de contrapeso, sin embargo, resulta imprescindible no perder de vista que la ley prevé una serie de condiciones y trámites cuyo cumplimiento es preceptivo y que, de ser eludidos, pueden conducir a la reprobación jurisdiccional. En este sentido, nuevamente debe ponerse el acento en la idea de que en un Estado democrático de Derecho no puede haber espacios para la impunidad, por lo que el Real Decreto de concesión de indultos resulta susceptible de fiscalización en sede judicial, más concretamente, ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. A este respecto, el Tribunal Constitucional al afirmar que el indulto no es fiscalizable en términos sustanciales (ATC 360/1990, FJ 5), dejó expedita la vía para un control en términos formales y procedimentales a cargo de la jurisdicción ordinaria.

Así se confirmó en la práctica cuando, superando una línea interpretativa precedente que eludía ejercitar dicha facultad, el Tribunal Supremo (STS 5997/2013) anuló el indulto acordado por el Consejo de ministros al constatar la inexistencia de motivación suficiente, habiendo mediado informe desfavorable del tribunal sentenciador. En dicha resolución se partió de una premisa esencial, a saber, que la tarea fiscalizadora se limita al ámbito de lo «meramente formal». Pero, inmediatamente a continuación —y aquí reside la novedad a destacar— se afirmó lo siguiente: «entre la decisión de indultar, en modo alguno revisable jurídicamente, y la especificación de razones de justicia, equidad o utilidad pública legalmente exigible, se nos presenta un *espacio jurídicamente asequible* por el que debe transitarse con los *instrumentos de la lógica jurídica*» (FJ 14, la cursiva es nuestra). Sobre la base de tal razonamiento, por lo tanto, se desprende que el Real Decreto de concesión del indulto queda constreñido a incorporar razonamientos que, más allá del recurso a fórmulas meramente rituales apelando a la justicia, la equidad o la utilidad pública, permitan conocer los motivos que han movido al Ejecutivo a tomar su decisión.

En un plano distinto al aludido se sitúa la actividad fiscalizadora del Tribunal Supremo en relación con las cuestiones meramente procedimentales y aquellas otras que se configuran como exigencias materiales que se recogen en la ley. Dado el carácter reglado que las define, la tarea judicial queda circunscrita al ámbito de la verificación. Así se constata en relación con los requisitos que permiten, circunscribiéndolo, el ejercicio de esta manifestación del derecho de gracia: existencia de una condena por sentencia firme; el condenado ha de estar a

disposición del tribunal sentenciador; no puede concurrir reincidencia con respecto a los delitos de los que trae causa la condena (artículo 2). Por su parte, determinados delitos (como la rebelión o los cometidos contra la Corona y las instituciones del Estado) no son susceptibles de ser indultados (artículo 3). Precisamente en relación con el elenco de exclusiones previstas vuelve a constatarse la necesidad de que el legislador acometa la tarea de elaborar una normativa en materia de indulto que se muestre acorde con las exigencias del ordenamiento vigente, superando las disonancias aludidas.

Pasando, a continuación, a contemplar el indulto en clave aplicativa, la primera reflexión al respecto apunta a la existencia de un uso cuantitativamente abultado, habiéndose concedido una cifra superior a los 15.000 desde la entrada en vigor de la Constitución. Los dos gobiernos presididos por José M^a Aznar han sido los más activos en este sentido, aunque seguidos muy de cerca por los de Felipe González. En cualquier caso, la referencia numérica debe acompañarse necesariamente de la toma en consideración de cuáles han sido los delitos cuyas condenas han merecido el perdón gubernamental. Tal aproximación en clave material arroja un resultado muy heterogéneo, mereciendo una especial atención los indultos por delitos de terrorismo cometidos por personas pertenecientes a distintas bandas (ETA, Terra Lliure, GAL), así como los relativos a delitos económicos, tales como la corrupción o la malversación. Los motivos expuestos por los distintos gobiernos hacen referencia a razones muy dispares, lo que no hace sino confirmar la dimensión voluntarista y eminentemente discrecional inherente a esta manifestación del derecho de gracia. Al hilo de esta última reflexión, resulta pertinente traer a colación un ejemplo práctico que lleva a un grado extremo la sustancial heterogeneidad que acompaña tanto a los motivos para indultar como al objeto sobre el que recae la decisión adoptada. Se trata de los 1443 indultos concedidos el 1 de diciembre de 2000 por el Consejo de ministros (mediante la aprobación de los correspondientes 1443 reales decretos) apelando a las siguientes razones: la petición formulada por el Papa con motivo del año jubilar, la conmemoración del 22 aniversario de la Constitución y de los 25 años de reinado de Juan Carlos I y la proximidad del fin del milenio. Sus destinatarios (tantos como indultos concedidos) fueron personas condenadas por delitos de la más variada índole, encontrándose entre ellos el ex-juez J. Gómez de Liaño (condenado por prevaricación) o un ex-alcalde, al que se consideró responsable de delito de corrupción urbanística.

En cualquier caso, más allá de la repercusión mediática aparejada a determinados indultos (los más recientes son los concedidos a los condenados por los hechos vinculados al proceso independentista catalán), que siempre atraen el interés de la opinión pública y suscitan el debate más allá del ámbito académico, es preciso insistir en que la práctica acumulada en la experiencia constitucional reciente viene a poner de manifiesto que la preponderante naturaleza política de la institución abre amplios espacios a su uso discrecional. Lo que, a la postre, impide un control sustancial por parte de la judicatura, cuya función se

circunscribe a la exigencia de motivación y razonamiento, así como a la verificación del cumplimiento de los requisitos formales y procedimentales legalmente establecidos. Es al hilo de estas últimas consideraciones que debemos insistir una vez más en la necesidad de una nueva ley reguladora del indulto en la que, asumiendo su peculiar idiosincrasia histórica, se diseñe un marco normativo que permita acotar su uso a las exigencias derivadas de la configuración constitucional del Estado de Derecho.

ALICIA GIL GIL

Como ya he comentado el indulto plantea numerosos problemas: puede suponer una quiebra del principio de separación de poderes pues es el Poder Ejecutivo el que decide no aplicar la pena o parte de la pena que el Poder Judicial ha impuesto en virtud de la potestad que el ordenamiento jurídico le confiere y que además el Poder Legislativo ha decidido para la generalidad; lo que a su vez supone una quiebra del principio de legalidad pues la concesión del indulto conlleva dejar de aplicar total o parcialmente la pena cuya imposición exige la ley. A la «mala prensa» del indulto ha contribuido notablemente el mal uso que se le dio (y probablemente se le sigue dando) por parte del Ejecutivo. Así, vemos que el indulto suscita especial rechazo en la opinión pública cuando se concede a políticos, y especialmente por delitos de corrupción. Esto siempre ha sido percibido como una protección que los políticos otorgan a los suyos. Algunos estudios han demostrado que entre 1998 y 2012, la tasa de indultos por condenas recaídas por los delitos de prevaricación, malversación, cohecho, negociaciones prohibidas y fraudes ilegales fue once veces mayor que la del resto de delitos del Código Penal (Doval País). Ante el escándalo que esto supuso los partidos políticos se comprometieron a no conceder indultos por «corrupción política» y se modificó la Ley del indulto para introducir la obligación de informar semestralmente al Parlamento de los indultos concedidos. Pero hecha la ley, hecha la trampa. Pronto se pusieron de acuerdo para definir la categoría «corrupción política», que quedaba fuera del indulto, de una forma muy limitada, que no concuerda con la que maneja el Consejo General del Poder Judicial. Así, el Ejecutivo (igual este que el anterior) se agarra a la exigencia de que, para ser calificada como corrupción, la conducta debe estar orientada a la obtención de un beneficio para sí o para un tercero. Ello le ha permitido, por ejemplo, catalogar como delitos contra la Administración pública, y no como delitos de corrupción, y consiguientemente indultar, delitos de prevaricación con el argumento de que no hubo «enriquecimiento personal». Aun con todo, las cifras están muy lejos de las de años anteriores. Sin embargo, en la pelea de interpretar ese «beneficio personal» están todavía gobierno y tribunales en relación con la LOA, aunque no podemos detenernos en este debate.

Pero más allá de las trampas al solitario de los políticos, que dejan ver la escasa intención de poner unos límites a la concesión de la gracia para «los suyos»,

la Ley del Indulto tiene el gran problema de definir de una forma muy escueta el fundamento de la concesión. Las únicas referencias que encontramos acerca de cuándo corresponde conceder un indulto aparecen en la Exposición de Motivos y en la mención del informe que debe realizar el tribunal sentenciador. En él deben constar las razones a su favor que deben ser de «justicia, equidad o conveniencia pública» (arts. 11 y 25). En la práctica se han incluido en estas razones supuestos en los que existe una desproporción entre la pena impuesta y el delito cometido, lo que viene avalado, como ya se explicó, por el art. 4 del Código penal o el comportamiento del reo durante la condena, lo que permitiría un indulto parcial en casos excepcionales, tal y como prevé también el art. 206 RD 190/1996, pues se entiende que la pena ya no es necesaria para la prevención especial.

Pero también ha habido ocasiones en las que el indulto se ha basado en razones que nada tienen que ver con la gravedad de los hechos cometidos por el penado, con sus circunstancias personales o con su comportamiento postdelictual. Por ejemplo, el 1 de diciembre de 2000 se concedieron a la vez 1.443 indultos con el argumento de la cercanía del milenio o la proximidad del 22º aniversario de la Constitución Española. Obviamente semejantes motivos, que no guardan relación alguna con los fines de la pena, no pueden justificar el indulto. La doctrina incluso tildó esta actuación tan arbitraria como un indulto general encubierto y por tanto inconstitucional.

Sería necesaria una reforma de la ley del indulto realizada con el consejo de los especialistas, encaminada a limitar el arbitrio en su concesión, regulando de una manera clara los supuestos en los que aquella está justificada y los requisitos para ello —haciendo hincapié, por ejemplo, en la exigencia del reconocimiento del hecho cometido y su ilicitud, la reparación a las víctimas o la ausencia de riesgo de reincidencia—, y añadiendo, además, algún otro tipo de control.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

La Ley de indulto particular de 1870 es una norma encomiable, dictada en el último tercio del siglo XIX, un período liberal que dio como fruto leyes excepcionales de todos conocidas. Dicha ley, que regula la potestad de indultar del Gobierno, desarrolló el apartado sexto del artículo 73 de la Constitución de 6 de junio de 1869 que dice que corresponde al Rey: «Indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes, salvo lo dispuesto relativamente a los ministros». Esta ley que ha cumplido más de ciento cincuenta años solo ha sido reformada levemente y ha estado vigente durante la monarquía borbónica, la segunda república, la dictadura franquista y la democracia instaurada por la Constitución de 1978. Y no es casual que siga vigente, pues consigue un equilibrio estimable entre los poderes, ya que el ejercicio de la potestad de perdonar el cumplimiento de las penas impuestas por los jueces y tribunales exige que éstos se pronuncien sobre la conveniencia de indultar a los delincuentes, y cuando los jueces y tribunales se

manifiestan en contra de la concesión del indulto particular el indulto no puede ser total, y este mismo tipo de competencia la atribuye la Ley de 1870 al Consejo de Estado. La tramitación del indulto por el Ministerio de Justicia, que antaño se denominó de Gracia y Justicia, puede iniciarse por el Gobierno, por el condenado, por el propio Tribunal sentenciador, por el Ministerio Fiscal o por cualquiera persona física o jurídica que considere que debe concederse el indulto a un condenado: una amplia legitimación justificada por ser de interés general que los delinquentes rehabilitados se reincorporen a la sociedad.

La práctica del indulto particular presenta claros y sombras. Los Gobiernos tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 han utilizado su potestad de indultar, con algunas excepciones, de manera correcta cumpliendo el principio que luce en el artículo 25.2 de la Constitución a que antes me he referido. Si se puede acreditar que un recluso ha cumplido el principio constitucional que establece el referido precepto carece de sentido que permanezca en prisión. Un caso paradigmático fue el indulto concedido al famoso delincuente conocido como «El Lute» en 1981, delincuente que se rehabilitó durante su estancia en prisión durante varios años.

El tribunal sentenciador puede solicitar el indulto de manera simultánea al pronunciamiento de la sentencia de condena, por varias razones, entre ellas por considerar la excesiva severidad de la pena impuesta prevista en el Código penal, por la extrema dilación entre la comisión del delito y la sentencia condenatoria, o por otras causas que, de acuerdo con el valor y principio constitucional de justicia, son merecedoras de indulto.

En numerosos casos los indultos son controvertidos: unos, por otorgarse al margen de cualquiera versión de la justicia; otros porque resulta evidente que el indultado no estaba en condiciones de reinsertarse en la sociedad. Ejemplo de este tipo de indulto serían los concedidos a los líderes del *procés* que, lejos de reconocer que habían delinquido, antes, durante y tras el indulto manifestaron que no reconocían ni los delitos cometidos, ni legitimidad alguna al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional; añadiendo casi siempre en sus manifestaciones posteriores a la sentencia del Tribunal Supremo y a los indultos de los que fueron beneficiarios que volverían a cometer los actos por los que fueron condenados. No menos controvertidos son los indultos particulares dictados en serie, resultado de acuerdos políticos, que han sido, en realidad, un indulto general prohibido expresamente por la institución.

Considero que el indulto particular es un instrumento necesario en un Estado Democrático de Derecho avanzado en que las penas y sanciones administrativas no deben tener nunca un carácter retributivo, sino que como dice el artículo 25.2 de la Constitución deben estar orientadas a la reeducación y reinsertión de los infractores, manifestaciones éstas de la justicia como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que puede servir para, más allá de las normas penales y sancionadoras administrativas, hacer justicia: justicia no jurisdiccional.

Puede discutirse si el poder de indultar en una democracia avanzada está bien situado en el Poder ejecutivo con la intervención del Juez o del Tribunal

sentenciador, como prevé la Ley de indulto de 1870, o si sería necesario depositar ese poder en el Tribunal Supremo como hacía, con excepciones, la Constitución de la Segunda República. En efecto, la Constitución de la Segunda República reguló el indulto que denomina «individual» otorgando esa potestad al Tribunal Supremo: «a propuesta del sentenciador, del fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte». Este sería el indulto individual ordinario, previendo que: «En los delitos de extrema gravedad, podrá indultar el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable», modalidad de indulto que denominaría indulto particular extraordinario.

Pero no debe olvidarse en los tiempos revueltos en que vivimos que los jueces, también los miembros del Tribunal Supremo, son funcionarios, no son representantes del pueblo ni directa ni indirectamente y no están sometidos a ningún control democrático; ni deben estarlo. Y por ello, no parece lógico que puedan «perdonar» realizando un juicio-no jurisdiccional que tenga en cuenta hechos y circunstancias ajenas a su tarea de hacer cumplir la ley. No hay democracia avanzada sin Jueces y Tribunales, pero el gobierno de los jueces y tribunales sustituyendo al poder legislativo y al poder ejecutivo, sería igualmente contrario a una democracia avanzada.

En España se ha producido una judicialización de los indultos particulares en las últimas décadas. No me refiero a la necesaria consulta por el Ministerio de Justicia al tribunal sentenciador y a las consecuencias de que éste se oponga al indulto. En los últimos años la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo no solo revisa el cumplimiento por el Ministerio de Justicia y por el Gobierno de los aspectos procedimentales de la tramitación de los indultos, sino que entra a valorar la oportunidad de los mismos, lo que a mi juicio es una intromisión del poder judicial en una potestad constitucional del poder ejecutivo; intromisión incompatible con el principio de separación de poderes.

A mi juicio la mayor deficiencia que se observa en la Ley de indulto particular de 1870 radica en que el real decreto mediante el que se concede el indulto carece de motivación, de manera que no es posible averiguar la causa o causas por las que el Gobierno concede el indulto. Y esa falta de motivación incumple el principio de transparencia que debe presidir todas las acciones del Gobierno y es una de las causas de los indultos arbitrarios que se conceden y de la dificultad de la práctica del control parlamentario de los indultos particulares.

Finalmente, considero que los indultos particulares debieran tener una regulación en el Derecho de la Unión Europea que estableciera algunos parámetros uniformes. Este tipo de regulación se justifica plenamente en la libertad de circulación de los ciudadanos europeos en la Unión Europea.

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

Es cierto que la Ley de indultos es de 1870, pero fue objeto de una importante reforma en 1988; es decir, cuando ya la Constitución llevaba un decenio en

vigor. Habría que suponer, por tanto, que se trata de un texto actualizado. Sin embargo, creo que no es así. Por una parte, el texto tiene problemas por la falta de adecuación a los cambios que, a través de sucesivas reformas, se han ido produciendo en el Código Penal. Un ejemplo de importancia tiene que ver con los límites al indulto parcial. La falta de adaptación de la Ley de indultos a la reforma del Código Penal de 1995 ha diluido, prácticamente, las limitaciones que respecto al indulto parcial —que, frente al indulto total, no requiere aquiescencia del tribunal sentenciador, considerando que existen «razones de justicia, equidad o utilidad pública»— imponía el artículo 12 de la ley, en la medida en que, dejando viva alguna pena accesoria de menor importancia, el Gobierno puede conceder un indulto, formalmente parcial, que, sin embargo, es casi idéntico a un indulto total. Esta falta de adecuación sería razón suficiente para encarar la elaboración de una ley de nuevo cuño. Pero creo que el problema es de mayor calado, porque es una ley que no responde a lo que, en mi opinión, son exigencias de un sistema democrático avanzado en el ejercicio de la prerrogativa de gracia. Limitándome exclusivamente a los aspectos político-constitucionales, considero que se atribuye un protagonismo carente de filtros al Ministerio de Justicia, salvo en lo que se refiere al informe del tribunal sentenciador —determinante en el supuesto de indulto total— y de la Fiscalía. La necesaria concurrencia de «razones de justicia, equidad o utilidad social» solo se requiere en el supuesto de indulto total, respecto al informe del tribunal sentenciador. El Gobierno solo necesita expresar los motivos del indulto, no justificar su utilidad social, y cumplir correctamente el procedimiento. ¿Está justificado un indulto en el que no concurra alguna de esas razones, especialmente teniendo en cuenta la flexibilidad de la cláusula «utilidad social»? Desde esta perspectiva, habría que establecer un sistema de filtrado previo, atribuyéndolo a un órgano colegiado, no estrictamente político —a semejanza de la británica *Criminal Cases Review Commission*—, que estableciese los casos en los que concurren esas circunstancias o, en caso de que el Ministerio de Justicia considere que concurre un supuesto de «utilidad social», informe preceptivamente sobre ello. La motivación del acto de concesión de un indulto debe ser crucial. Es conocida la doctrina tradicional del TS sobre la limitación del control a los «elementos reglados» del procedimiento —que asume el ATC 360/1990, de 5 de octubre— y la polémica que se produjo en ese órgano en la conocida como sentencia del *kamikaze* (STS 5997/2013, de 20 de noviembre de 2013, Sala 3ª), en la que, más allá de esos elementos reglados establece que, aunque no cabe controlar las razones por las que el Gobierno concede el indulto, es exigible, como «control meramente externo», la existencia de una «coherencia lógica» entre las razones esgrimidas y los hechos en los que se basan. La existencia de un filtro como el de una Comisión, que explicita los motivos de la procedencia de la concesión del indulto, permitiría profundizar más en el control de la discrecionalidad para evitar la arbitrariedad.

Y, en relación con el control sobre la concesión de indultos, es negativamente llamativa la vacuidad del control parlamentario. Ha habido varias iniciativas

parlamentarias —especialmente, por parte del grupo parlamentario socialista— que han sido rechazadas o han decaído, en las que se pretendía reforzar este control; iniciativas en las que no se insiste cuando se está en el Gobierno.

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

La Constitución española de 1869 atribuyó al Rey la facultad de «indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes» (artículo 73.6) y, «autorizado por una ley especial», de «conceder amnistías e indultos generales» (artículo 74.5). De la primera de esas previsiones viene la *Ley Provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia del indulto*, aprobada en junio de 1870 y aún hoy vigente con escasas modificaciones.

Los principios presentes en esta Ley han ordenado la concesión de indultos particulares durante el último siglo y medio en sistemas políticos muy distintos, una afirmación que ha hacerse con los necesarios matices para los años de vigencia de la Constitución de 1931 (véase su artículo 102), y el período de la dictadura franquista, durante el que los indultos individuales y generales se concedían por el Jefe del Estado, titular de la prerrogativa de gracia (artículo 6 de la Ley Orgánica del Estado de 1967), con una práctica que seguramente desplazó a la Ley de 1870 aunque su vigencia fuera proclamada por el Decreto de 22 de abril de 1938.

La *Ley Provisional* establecía un procedimiento con participación de los órganos judiciales y fijaba una serie de límites al ejercicio de la gracia mediante el indulto, que ya no podía considerarse una facultad plenamente libérrima del Rey (léase, en el sistema parlamentario de la Constitución de 1869, del Gobierno). Así, por ejemplo, exigía el perdón del ofendido para los delitos perseguibles únicamente a instancia de parte (artículo 15.2) e imponía la concesión del indulto mediante «decreto motivado» (artículo 30).

Estos dos requisitos fueron modificados mediante la Ley 1/1988, originalmente una proposición de ley que aspiraba a agilizar la tramitación de las peticiones de indulto del artículo 2.2 del Código Penal entonces vigente (a petición del tribunal sentenciador), y que fue aprobada en comisión con competencia legislativa plena. En el primer caso, se sustituyó la necesidad del perdón de la parte ofendida por la condición de que ésta «haya sido oída»; en el segundo, y mediante una enmienda fruto de la «astucia o de la inadvertencia» (Requejo Pagés, *cit.*, p. 105), se suprimió el carácter motivado del Real Decreto de concesión. De este modo, «se terminó con casi 120 años de indultos motivados y se volvía [...] a las maneras propias de los tiempos de la real gana» (Requejo Pagés, *cit.*, p. 105). Diez años después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Este estado de cosas se prologaría hasta que la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 concluyó que el control jurisdiccional de los indultos se proyecta sobre las razones de «justicia, equidad o utilidad pública» que, a su juicio, deben explicitarse en el Real Decreto de

indulto por exigencia del artículo 11 de la Ley de 1870 (que, por cierto, se refiere sólo al indulto total, aunque el Tribunal ha prolongado esta exigencia también al parcial) y han de guardar una «coherencia lógica» «con lo actuado en el expediente» que ha de formarse para el indulto, de modo «que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida (basada en las expresadas razones legales de «justicia, equidad o utilidad pública»), con la realidad plasmada en el expediente y que constituye su presupuesto inexorable, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos — art. 9º.3 de la Constitución —».

La práctica posterior, se ha escrito, «viene cumpliendo con fórmulas rituarías tal exigencia» de motivación (M. Carlón Ruiz, «Los indultos —a juicio— ante la Sala Tercera del Supremo», *Teoría y Derecho*, n.º 30, 2021, p. 130), pero la puerta del control judicial de las razones del indulto sigue abierta para los legitimados activamente para recurrir. Esa legitimación activa, como es bien conocido, fue denegada en su momento por la Sala Tercera al PP, a VOX y a Ciudadanos, que recurrieron contra los Decretos de 23 de junio de 2021 por los que se indultó parcialmente a los líderes del *procés* condenados por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019.

La ley de 1870 fue también reformada en 2015, en aras de la transparencia, para imponer al Gobierno, mediante la comparecencia ante el Congreso de los Diputados de un alto cargo del Ministerio de Justicia, la presentación de informes semestrales «sobre la concesión y denegación de indultos».

Los datos disponibles (<https://civio.es/el-indultometro>) confirman que en los últimos quince años ha descendido notablemente el número de indultos concedidos por el Gobierno español, al igual que el de solicitudes de perdón. Los Gobiernos de F. González concedieron un total de 5.944 indultos; los de J.M. Aznar, 5.948; los de J.L. Rodríguez Zapatero, 3.381; los de M. Rajoy, 898 y los de P. Sánchez, 171. Se ha pasado de una media de más de 700 indultos al año (1996-2004) a menos de 25 (2018-2024).

Particularmente polémicos fueron los indultos que se concedieron en el año 2000 a las personas condenadas por insumisión, más de 1300. Una controversia que tuvo que ver con el eventual carácter de indulto general del Gobierno (prohibido en el artículo 62.i CE) del perdón otorgado a la práctica totalidad de los condenados por el delito de negativa al cumplimiento del servicio militar obligatorio. La condición general, en la práctica, de aquel indulto parece difícilmente cuestionable: se concedió a un grupo (más o menos) considerable de personas que se calificaban, y esto es lo relevante, por una misma circunstancia, es decir, la condena por idéntico delito.

En opinión de F. Rubio Llorente («La gracia de Aznar», *El País*, 11 de diciembre de 2000) la «inadecuación constitucional de la forma utilizada» para otorgar el perdón no era discutible: «Tanto si, en una interpretación literal, se entiende que lo único que la Constitución prohíbe a las Cortes es que autorice la

concesión gubernamental de indultos generales, no que por sí mismas los concedan, como si de su silencio se concluye que no les impide otorgar amnistías, debieron ser las Cortes, no el Gobierno, quienes librarán a los insumisos de sus condenas».

Aunque lo deseable sería que se elaborara una nueva ley de indulto, que sustituyera a la de 1870, no parece que eso vaya a suceder. Ningún Gobierno, hasta hoy, ha elaborado un proyecto en ese sentido. El interés por afrontar una materia naturalmente conflictiva por las implicaciones de la concesión de no pocos indultos es inexistente. El rédito político de una nueva regulación del derecho de gracia en este concreto aspecto es difícilmente imaginable y ésta ya parece una buena razón para que ninguna mayoría se comprometa con la sustitución de una ley cuya provisionalidad se ha prolongado ya durante casi 155 años.

La voluntad de reforma parece cosa de la oposición: del CDS, cuya proposición de ley llevó a la Ley 1/1988, a la que ya me he referido, y del PSOE en 2016, con una proposición que caducó con la disolución de 2019 y de la que nunca más se supo cuando el Partido Socialista pasó a formar parte de la mayoría de gobierno. Más paradójico aún: si la desaparición de la obligación de motivar el Decreto de indulto (artículo 30 de la Ley de 1870) se debe a una enmienda socialista a la proposición del CDS; la iniciativa del PSOE de 2016 pretendía recuperar aquella obligación y limitar adicionalmente la discrecionalidad gubernamental en la concesión de indultos. Claro que en 1988 Felipe González presidía el Gobierno de España y en 2016 el Grupo Socialista, autor de la proposición de ley, formaba parte de la oposición. De 2019 en adelante, ya se ha dicho, nunca más se supo.

Ha de reconocerse, en todo caso, que la práctica de los indultos por parte de los Gobiernos ha disminuido radicalmente en los últimos años. Hemos pasado de casi 13.000 perdones en los primeros veinticinco años de vigencia de la Constitución (Gobiernos de UCD, PSOE y PP), a menos de 4.500 en los últimos veinte años. En concreto, durante el último sexenio se han concedido menos de 200 indultos. Podría así concluirse que el carácter excepcional del indulto parece haberse consolidado, después de muchos años de abuso. En la misma línea, el control jurisdiccional de los indultos, al que el Tribunal Supremo se abrió en 2013, ha contribuido en buena medida a una cierta normalización constitucional de esta institución, aunque no han sido escasos en todos estos años los escándalos provocados por indultos de uno y otro signo.

3. *En su opinión ¿cuál es la interpretación que debe darse a la exclusión de indultos generales en el art. 62 de la Constitución?*

CÉSAR AGUADO RENEDO

La exclusión del indulto general en la Constitución puede decirse que fue meramente accidental: resultado de una enmienda que, sencillamente, como

exponía la justificación de quien la presentaba, pretendía traer al texto constitucional de 1978 el mismo régimen que el de la Constitución republicana de 1931 para la amnistía y para el indulto general. Lo relativo a la primera fracasó y lo relativo al segundo triunfó, explicitándose su prohibición. La razón sustantiva era, según la enmienda aludida, la proliferación que de tales indultos había tenido lugar en el régimen subsiguiente a la guerra civil. Razón que no resultaba especialmente fundada en relación con la amnistía cuya explicitación constitucional propugnaba quien presentaba la enmienda, toda vez que en un sistema parlamentario lo propio es que los indultos generales también sean aprobados por el Parlamento mediante ley (v. gr., los sistemas de Portugal, Colombia). Y, en cambio, la interpretación de que su prohibición se explicitara conduce lógicamente a entender que respecto de ésta no hubo tal voluntad prohibitiva de los constituyentes y que, en consecuencia, trasladaron al legislador la posibilidad de no utilizarla (como ha venido sucediendo hasta la fecha) o de hacerlo llegado el caso.

Por otro lado, su exclusión comporta la limitación de los responsables políticos que en cada momento puedan decidir sobre la concesión de la gracia, imposibilitándolos para beneficiar a conjuntos indeterminados, y en principio amplios, de individuos. Como prohibición tiene un alcance práctico limitado, porque el Ejecutivo puede sortearla aplicando el indulto particular a multitud de sujetos concretos, tal y como sucedió en el caso antes aludido del millar largo de indultados a finales del año 2000.

ANA CARMONA CONTRERAS

Como ya se ha indicado anteriormente, a través del indulto se exonera al condenado del cumplimiento de la pena, si bien la responsabilidad jurídica en la que incurrió y fue determinada de acuerdo con la ley por los tribunales de justicia queda inalterada. No se pone en duda ni se cuestiona la actuación jurisdiccional en el caso determinado, sino que se confiere prioridad a la voluntad de perdonar. Tal acto volitivo, que incorpora una consustancial discrecionalidad política, se basa en consideraciones que apelan a la utilidad pública, la equidad la justicia y, en último término, puede obedecer a razones de pura conveniencia política. En cualquier caso, esta manifestación de clemencia, aunque aparece reconocida constitucionalmente y ha de ejercerse de acuerdo con la ley, no deja de incorporar un intrínseco carácter excepcional. Así es porque incorpora un elemento discordante en la lógica del Estado de Derecho, ya que vacía de contenido una de las manifestaciones que son propias del ejercicio de la potestad jurisdiccional, a la que no solo le compete juzgar sino también ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE). Sobre la base de tal planteamiento de fondo cobra pleno sentido la necesidad de que esta manifestación del derecho de gracia quede circunscrita a supuestos individuales definidos *ad personam*: se perdona la condena impuesta a un sujeto concreto, por la comisión de

determinados actos antijurídicos, según ha quedado probado en sede judicial y por los motivos expuestos en el Real Decreto aprobado por el Consejo de ministros.

En los indultos generales esa previa y fundamental dimensión subjetiva singularizada viene eclipsada, puesto que el perdón concedido tiene como objeto directo las condenas impuestas por la comisión de los delitos contemplados. El elemento determinante no es, por lo tanto, de índole subjetiva —exonerar del cumplimiento de la pena a una persona condenada—. Muy al contrario, la perspectiva del indulto experimenta una radical inversión, situando en primer término los delitos. Sus beneficiarios, pues, no quedan predeterminados a priori. Estos se perfilan como meramente determinables, produciéndose su identificación con carácter ex post una vez adoptada la decisión y, como es inevitable, prescindiendo de las circunstancias en las que se encuentran sus beneficiarios. Actuando de este modo, es indudable que la inmisión del Ejecutivo en la actividad jurisdiccional amplía sustancial y desproporcionadamente su radio de acción, dejando expedita la vía para los abusos y extralimitaciones (sic la arbitrariedad).

En función de lo expuesto, cabe considerar que es precisamente esta percepción sustancialmente negativa, así como sus perniciosas consecuencias en clave sistémica, la que subyace a la prohibición expresa de los indultos generales en la actual Constitución. A este respecto, resulta pertinente recordar la existencia de precedentes en nuestra historia constitucional contrarios a esta práctica. Así, en la non nata Constitución de 1856 (artículo 52.10) se introdujo por primera vez una previsión específica en este sentido. Habrá que esperar, sin embargo, hasta la segunda República para volver a constatar una actitud similar, estableciendo el artículo 102 de la Constitución de 1931, entre otras disposiciones en materia de gracia, que «no se concederán indultos generales». Por su parte, una aproximación en clave matizada es la adoptada por la Constitución de 1869, admitiendo la posibilidad tanto de indultos generales como de amnistías, pero vinculando su efectiva activación a la existencia de una ley especial previa que las autorizase (artículo 73.6). Sobre la base de tal configuración resulta evidente que la competencia para el indulto general recae en la voluntad del legislador, llamado a sancionar su existencia y también sus elementos configuradores. De este modo, la función del Gobierno se reduce drásticamente, limitándose al desempeño de una función puramente ejecutiva.

ALICIA GIL GIL

En las Constituciones de 1945 y de 1869 el derecho de gracia era todavía prerrogativa real, pero de acuerdo con la concepción de la Monarquía como poder constituido, ya se disponía que, al contrario que para los indultos particulares, el Rey necesitaba estar autorizado por una ley especial para conceder amnistías e indultos generales (arts. 9 y 74 respectivamente). En la Constitución de 1876 no se mencionan ni los indultos generales ni la amnistía. En la de 1931 se establece que las

amnistías solo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte (art. 102).

Como vemos las amnistías se han contemplado históricamente tanto al lado de la admisión expresa de los indultos generales, como de su prohibición. No puede afirmarse, por tanto, que la prohibición de uno implica la de la otra, como se ha defendido, sino que más bien lo relevante es qué órgano y mediante qué instrumento puede otorgarlos. Cuando se le concedía al Rey tal prerrogativa, la Constitución establecía la necesidad de una Ley del Parlamento tanto para las amnistías como para los indultos generales, dado que ambos tienen una dimensión colectiva que afecta a la vigencia de la ley de manera distinta a un indulto particular. Cuando la prerrogativa de indulto se concede al Tribunal Supremo y el Parlamento tiene en exclusiva la potestad de gracias generales parece que ya no tiene sentido el indulto general. En la Constitución del 78 se establece en su art. 62 que «Corresponde al Rey: (...) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales». Una parte de la doctrina, en la que destaca Gimbernat (2019, el mismo 2024:75), ha argumentado que, si el indulto general está prohibido, con mayor motivo tiene que estarlo la amnistía, por constituir una medida de gracia mucho más amplia (argumento *ad minori ad maius*). Este, por cierto, fue también el argumento de los Servicios Jurídicos del Congreso, para rechazar la admisión a trámite de la «Proposición de Ley Orgánica y Resolución del Conflicto Político entre Cataluña y el Estado español» en 2021. Sin embargo, al ser institutos distintos que emanan de poderes diferentes (Quintero 2023, Silva 2023.), el argumento no me parece correcto. Gimbernat ha respondido, a su vez, a esta observación, que si los indultos generales no estuvieran prohibidos por la Constitución emanarían de una ley, y por tanto del Poder legislativo, igual que las amnistías. Pero en realidad no sabemos cómo se regularía la concesión de indultos generales si estos no estuvieran prohibidos en la Constitución. Una ley que regulara tanto los indultos particulares como los generales podría otorgar tal potestad al gobierno a través del Decreto ley, igual que lo hace la Ley de 1870 con los indultos particulares. Añade Gimbernat que el argumento para prohibir los indultos generales radica en que, al contrario que los individuales, afectan indiscriminadamente y sin fundamento a una generalidad de delincuentes, mientras que los particulares tienen una justificación razonable y se deben otorgar en atención a las circunstancias y méritos del penado. Los indultos generales introducirían el caos valorativo y la arbitrariedad, nos dice, recordando el uso que de este instrumento se hizo durante las monarquías absolutas y durante el franquismo (aunque me gustaría recordar, porque además ilustra bien la diferencia ente indulto y amnistía, el Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad don Juan Carlos de Borbón como Rey de España). Efectivamente, el propio preámbulo de la Ley de indulto de 1870 establece: «El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus

circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social. Por esto se prohíben en absoluto y se declara la nulidad de los que se concedan en términos generales y sin determinar la pena que se remite. Los indultos de este modo concedidos llevarán en sí mismos la prueba más incontrovertible de la ligereza o de la irreflexión con que habían sido otorgados.»

Sin embargo, estos argumentos no convencen para rechazar la constitucionalidad de amnistías que no sean arbitrarias, es decir, que no sean «un indulto general encubierto», sino que efectivamente respondan a una necesidad de renunciar a la verificación de la responsabilidad penal para lograr objetivos más importantes (como lo fue la amnistía del 77 en relación con la transición democrática). Como hemos visto, el Constituyente de 1931 así lo entendió. Y el de 1978 dejó la puerta abierta también a esta posibilidad. Y es que a pesar de que el indulto y la amnistía sigan englobándose por tradición en el llamado «derecho de gracia», la evolución de este instituto desde su concepción como derecho del monarca hasta la actualidad, depurándolos de toda arbitrariedad, los ha convertido en dos causas de extinción de la responsabilidad penal (y también de la pretensión de verificación de tal responsabilidad en el caso de la amnistía) de fundamento y efectos distintos. Hoy, esta racionalización y depuración de ambos instrumentos los ha convertido en cosas muy distintas.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

La prohibición de los indultos generales prevista en el artículo 62.i no figuraba en el texto del Anteproyecto de Constitución publicado el 5 de enero de 1978. Se debe aclarar en primer término que el indulto general y la amnistía nada tienen que ver, con independencia de que se hayan tratado por los autores como modalidades de «clemencia» o de «perdón». La amnistía es una manifestación de la potestad legislativa de las Cortes Generales, que representan al soberano; es decir, que representan al pueblo español (art. 66.1 de la Constitución). La amnistía, cuando tiene por objeto la extinción de la responsabilidad penal, se concede mediante ley, que en el caso de España tiene que tener la forma de ley orgánica. La forma orgánica de la ley de amnistía se debe a los efectos que produce sobre el Código penal que tiene forma de ley orgánica; pues la amnistía consiste en una *derogación retroactiva, singular y transitoria de delitos, penas y demás efectos previstos en el Código penal*, que puede extender sus efectos a otros ámbitos sancionadores: administrativos y contables. La forma de ley que tiene la amnistía en España la comparten la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos (a salvo la forma de ley «orgánica» que es exclusiva de nuestro sistema constitucional). Por el contrario, el indulto general (ahora prohibido en España, pero vigente en otros estados democráticos) y el indulto particular han estado en la órbita de las potestades del Gobierno tanto en España como en la inmensa mayoría

de los Estados democráticos. En España los indultos particulares se otorgan por Real Decreto tramitado en el Ministerio de Justicia, acordado por el Gobierno, y sancionado por el Rey con el refrendo del ministro de Justicia; de acuerdo con la Ley de indulto particular de 1870 (art. 62.i de la Constitución). Tan solo esta diferencia sustancial entre amnistía e indulto, una en el ámbito de las potestades del representante del soberano, las Cortes Generales, y otro en el ámbito de las potestades del Gobierno, debiera haber disuadido a los que equiparan la amnistía al indulto ya sea particular o general. Y sus efectos son igualmente diferentes. Mientras que la amnistía extingue la responsabilidad penal, los indultos tienen por objeto las penas o sanciones impuestas que aminoran o liquidan.

La elaboración del artículo 62.i de la Constitución, que prohíbe los indultos generales, arroja luz sobre las causas de dicha prohibición. El Anteproyecto de Constitución, publicado el 5 enero de 1978, contenía un precepto que permitía la concesión de indultos generales. Fue el Grupo Mixto del Congreso, que lideraba el Partido Socialista Popular, el que propuso la prohibición del indulto general del que a lo largo de la historia se había hecho un uso inapropiado. El Grupo Mixto enmendó dicho precepto en la línea de los mejores autores del siglo XIX y principios del XX, que se debe a mi pluma, consecuencia de que yo había postulado la abolición del indulto general en mi tesis doctoral defendida en la universidad de Bolonia en 1975, publicada parcialmente por la editorial Tucar en 1976, con el título *Amnistía e indulto en España*. La propuesta de prohibición de los indultos generales tenía como causa principal que los mismos otorgaban un poder al Gobierno que a nuestro juicio solo podía corresponder al representante del soberano, al Parlamento. Es decir, la prohibición del indulto general lejos de limitar las competencias de las Cortes Generales reforzaba la preeminencia del Parlamento sobre el Gobierno; consecuente con la configuración de nuestro sistema constitucional como una monarquía parlamentaria.

A lo largo de la tramitación de la Constitución en las Cortes Generales ningún diputado o senador cuestionó la potestad del Parlamento para conceder amnistías. El hecho es que tras las elecciones generales de 15 de junio de 1977 las Cortes constituyentes dictaron, el 15 de octubre de 1977, una ley de amnistía, estando vigentes las Leyes Fundamentales franquistas que no hacían referencia alguna a esta potestad y modalidad legislativa. Y aunque dicha amnistía es anterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 carecería de la más elemental lógica jurídica que los diputados elegidos en las elecciones democráticas de 15 de junio de 1977, que elaboraron la Constitución de 1978, usaran una modalidad legislativa que se proponían erradicar del ordenamiento constitucional que estaban elaborando.

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

Como he señalado en la respuesta a la primera pregunta, considero que el ejercicio de la prerrogativa de gracia en un sistema democrático desarrollado

requiere plena justificación en el caso concreto, en la que se ponga de relieve en qué sentido se trata de un caso de injusticia material que justifica derogar las consecuencias de la aplicación de la legislación penal. Dicho esto, la exclusión de los indultos generales es la consecuencia de esa necesidad de justificar la vulneración de la justicia material en el caso concreto, porque en ellos no hay forma de justificar los motivos que legitiman esa medida de gracia vinculados al caso concreto. Indultos por el acceso al trono de un nuevo Monarca, por la visita del Papa, como ha ocurrido en algún país cercano, o por otros motivos de celebración son —y deben ser— excluidos del ejercicio de este poder. La exclusión de los indultos generales no es incompatible con la aprobación de indultos, simultáneamente, para una pluralidad o grupo de personas, siempre que se encuentren en una situación similar, de aplicación de una misma disposición penal en unas circunstancias similares que provocan una situación de similar injusticia material. Lo que impide es que, por motivos independientes de las circunstancias del caso en relación con una determinada norma penal, se indulte colectivamente, de forma generalizada.

Por otra parte, la prerrogativa o derecho de gracia solamente se menciona en tres ocasiones en la Constitución, pero en dos de ellas para excluirla de la iniciativa legislativa popular (artículo 88) o para excluir su aplicación a los delitos cometidos por el presidente y los demás miembros del Gobierno (artículo 102). El interés, a estos efectos, por tanto, se centra en lo establecido en el artículo 62, letra i): el derecho de gracia se ejerce por el Rey «con arreglo a la ley». El significado que tiene esta reserva de ley, dados los términos de la Constitución, supone que la ley debe regular el ejercicio de la prerrogativa de forma general y abstracta, cuya aplicación práctica se realizará por el Gobierno en el caso concreto. La existencia de esos dos momentos diferenciados —regulación general y abstracta en la ley y aplicación gubernamental a cada caso concreto, de acuerdo con lo establecido en ella— es lo que caracteriza el encaje de la prerrogativa de gracia en los sistemas democráticos actuales. No hay en este artículo ejercicio posible de la prerrogativa de gracia por ley —es decir, ley singular—, sino aplicación ordinaria —político-administrativa— de acuerdo —«con arreglo»— a lo dispuesto en la ley.

En la medida en que la Constitución no establece ningún otro supuesto de ejercicio de la prerrogativa de gracia —cosa que podía haber hecho—, esta disposición constitucional tiene, a mi juicio, otras consecuencias sistemáticas en la interpretación de la prerrogativa de gracia en nuestro sistema constitucional; pero esto es algo que corresponde a la siguiente pregunta.

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

La primera regulación constitucional de los *tipos de clemencia* en España llegó de la mano de la Constitución de 1869 (con anterioridad, en 1856, lo había hecho

el Acta Adicional de la Constitución de 1845, que solo tuvo una vigencia de dos meses). Como hemos visto en la respuesta a la anterior pregunta, aquel texto diferenciaba entre indultos, indultos generales y amnistías. Los primeros los decidía el Gobierno mediante Real Decreto con arreglo a la *Ley Provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia del indulto*; las amnistías y los indultos generales necesitaban de una ley especial que los autorizara. La Constitución de 1876 volvería a la fórmula tradicional desde Cádiz, es decir, el Rey indulta «a los delinquentes con arreglo a las leyes».

La Constitución de 1931 continuó el esfuerzo racionalizador iniciado sesenta años atrás. En efecto, de acuerdo con el artículo 102 del texto republicano las amnistías solo se pueden acordar por el Parlamento; «no se concederán indultos generales» y el Tribunal Supremo (el Presidente de la República en los delitos de extrema gravedad) «otorgará los individuales». En 1869 eran posibles los indultos generales por ley; en 1931, los indultos generales estaban explícitamente prohibidos.

La Constitución de 1978 no parece tan clara como estos antecedentes de 1869 y 1931. En concreto, y en lo que ahora interesa, la letra i) del artículo 62 CE atribuye al Rey, con una fórmula en parte tradicional, el ejercicio del «derecho de gracia con arreglo a la ley», para añadir inmediatamente que ésta «no podrá autorizar indultos generales». Empezaré recordando lo obvio, a saber, que en una monarquía parlamentaria como la nuestra esa atribución formal al Rey ha de leerse como una competencia gubernamental. Es decir, el derecho de gracia es una facultad del Gobierno que éste ha de ejercer conformemente con la ley, que no podrá autorizarle a conceder indultos generales.

En el debate en torno a la aprobación de la *Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña* (en adelante, LOA), la disposición constitucional ahora analizada se ha leído por los contrarios a la compatibilidad de la amnistía (en general) con la Constitución, como un argumento en defensa de su tesis: el artículo 62.i) CE, sostienen, prohíbe los indultos generales y si es así con mayor razón han de estar prohibidas las amnistías (por todos, J. Tajadura Tejada, «Constitución y amnistía», *REDC*, n.º 131, 2024, pp. 101 ss.).

¿Prohíbe el artículo 62.i) CE los indultos generales? A mi juicio, no es así. Lo que la Constitución impide a la ley es que autorice al Gobierno a conceder indultos generales, pero no que éstos puedan ser otorgados por el propio Parlamento. La Constitución posibilita los indultos gubernamentales individuales, tal y como se viene haciendo al menos desde 1870, y al tiempo que reconoce esa realidad pone un límite al ejercicio del derecho de gracia por el Ejecutivo impidiendo los indultos generales. Las Cortes Generales solo son destinatarias de la prohibición de autorizar al titular del derecho de gracia al que se refiere el artículo 62.i) CE, esto es, al Gobierno, la concesión de indultos generales, pero de esa disposición constitucional no resulta ningún límite para que aquéllas los concedan en ejercicio de su potestad legislativa (F. Rubio Llorente, *cit.*).

En otras palabras: «lo que tal vez quiera conseguir la prohibición de los indultos generales —expresada a continuación de la atribución al Rey del derecho de gracia— es que el Poder Ejecutivo, al que hoy se asigna la concesión de indultos, pueda decidir con carácter general la concesión de gracia» (S. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona, 8ª ed., 2006, p. 757. En este sentido, también, B. Lozano Cutanda, «El indulto y la amnistía en la Constitución», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, vol. 2, p. 1037 y 1046, y R. García Mahamut, *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 67).

La prohibición de indultos generales decididos por el Gobierno es congruente con la supresión, en la reforma de 1988, del inciso final del artículo 15.2 de la Ley Provisional de 1870. Esta disposición, a la que ya me referido previamente, imponía entonces, para hacer posible el indulto, el perdón del ofendido cuando el reo hubiera sido condenado por un delito de los que solo se persiguen a instancia de parte. En 1927 se había incorporado al mencionado artículo 15.2 un inciso de acuerdo con el cual se exceptuaban de dicha exigencia «los casos de indulto general». Aunque la Ley Provisional estaba expresamente concebida para la concesión, por Decreto acordado en Consejo de Ministros, de indultos individuales, esta adición parecía querer abrir la puerta, en plena Dictadura de Primo de Rivera, a los indultos generales. La supresión de aquel inciso en 1988 despejó cualquier duda que pudiera existir al respecto evitando interpretaciones que pudieran llevar a entender que el Gobierno estaba autorizado por la Ley de 1870 a otorgar indultos generales.

4. *Desde un punto de vista estrictamente teórico ¿considera que una amnistía podría tener cabida en la Constitución española de 1978? Si es así, ¿en qué términos y en qué condiciones, tanto formales como materiales?*

CÉSAR AGUADO RENEDO

Esta encuesta trae causa fáctica, sin duda, de la enorme polémica suscitada por la amnistía concedida en virtud de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, a quienes intervinieron en el intento de declaración independencia de Cataluña por parte de responsables institucionales, integrantes de partidos nacionalistas. Desde que se supo de tal intención, se generó una gran discusión acerca de la posibilidad de tal forma de gracia en el sistema español, habida cuenta de que el texto constitucional no la especifica, pero tampoco la prohíbe, frente a lo que sucede con los indultos generales objeto de la respuesta anterior. En esa polémica han señalado sus respectivos argumentos los que están en contra y los que lo están favor de su posibilidad. Me encuentro entre estos segundos, como se infiere claramente de la premisa que abren estas mis respuestas. Las razones para ello las he expuesto

recientemente en un artículo publicado en otra revista. Las clasifico en «menores» y «mayores», según su incidencia argumentativa. Entre las primeras apunto los argumentos históricos, la regulación legal y la jurisprudencia constitucional sobre la materia; entre las segundas, la interpretación más lógica de la *voluntas constituentis*, el panorama del Derecho comparado, el propio concepto de amnistía en relación con sus efectos en el Estado constitucional de derecho y, muy en particular, el alcance de la libertad de configuración del legislador en nuestro sistema, tanto en relación con lo que dispone la Constitución como de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. En particular, digo en relación con esto último, porque la realidad muestra que el español es «más legislador» o —por decirlo de un modo expresivo— más potente que los legisladores de nuestro entorno, y el supremo intérprete de la Constitución así lo viene confirmando con muestras de una especial deferencia hacia él en supuestos capitales. La conclusión es que, por lo que el constituyente español optó en relación con la amnistía como forma de gracia en nuestro sistema, y así lo corrobora el texto constitucional, fue por la inespecificidad de la amnistía, no por su inviabilidad. Habida cuenta de esa inespecificidad, los términos y condiciones de la amnistía vienen dados tan simple como necesariamente por la naturaleza de la institución que, según he reiterado, es una naturaleza excepcional. Tal carácter exige de modo indefectible dos requisitos para que su utilización pueda ser concebida como constitucionalmente conforme, requisitos ambos inextricablemente correlativos: el primero, que la finalidad perseguida con ella sea la de un bien común o interés general de relevancia superior al bien común o interés general que supone el cumplimiento de la ley en el caso de los ilícitos que se pretenden amnistiar; el segundo, que tal superioridad del bien o interés común ha de ser concluida como tal por una mayoría parlamentaria clara. Me extendiendo a continuación sobre esta suerte de teoría general de la amnistía que mantengo.

El primer requisito no ofrece especial dificultad de concepción en abstracto, porque los propios ordenamientos muestran excepciones a las consecuencias jurídicas de ilícitos en función de la ponderación del legislador (inmunidad diplomática, regularizaciones fiscales, ...).

El segundo aparece más singular en una cultura jurídica tan formal como la continental y, más aún si cabe, la nacional (con independencia ahora del grado de proyección real de tal cultura). Tampoco requiere de especial intelección, sin embargo. La inespecificidad constitucional de la amnistía hace, en mi modesta opinión, necesariamente indeterminada esta mayoría, contra el entendimiento —no del todo común pero bastante generalizado hasta ahora—, de que la ley concedente de la misma ha de ser ley orgánica, porque ésta exige la única mayoría cualificada prevista en nuestra fuente de fuentes fuera de la reforma constitucional y nombramientos de integrantes de órganos constitucionales: la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, *ex* art. 81.2 CE; exigencia ésta que se explica en el caso porque su objeto viene a consistir esencialmente en desaplicar a sus destinatarios la ley penal, que tiene tal carácter ‘orgánico’. Sucede, sin

embargo, que este carácter de la ley penal deriva de que «desarrolla» derechos y libertades de los que el art. 81.1 CE señala, estableciendo sujetos, límites y condicionamientos esenciales de los ilícitos tipificados por ella. Y no debiera ser necesario recordar que el TC ha caracterizado la ley orgánica de modo principal como legislación extraordinaria o «excepcional», en la medida en que «tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establecen restricciones de esos derechos o libertades o las desarrollan de modo directo, en cuanto regulan aspectos consustanciales a los mismos, excluyendo por tanto aquellas otras que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites» (p. ej., STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7 y las en ella citadas). Una ley de amnistía, sin embargo, no desarrolla tales derechos en relación con los beneficiados, sino que los vuelve a su condición de derechos inherentes al sujeto, a los que les corresponde de por sí en plenitud si jurídicamente no se considera que incurren en ilícito; y en esto es en lo que consiste la amnistía: en determinar que, jurídicamente, no se considera cometido el ilícito por aquellos a los que beneficia. La definición de la amnistía como derogación retroactiva, temporal y subjetivamente limitada, de la ley penal es una fórmula descriptiva de sus efectos, no determinante de su relación formal entre leyes. La ley que amnistía no deroga la ley penal, que permanece incólume no solo para quienes no resultan beneficiados por ella, sino para estos mismos si vuelven a cometer el mismo ilícito.

Lo que demanda la naturaleza de la ley de amnistía, excepcional por sus efectos, es una mayoría parlamentaria indudablemente clara. Una reforma constitucional podría, claro está, disponer una mayoría cualificada (así sucedió, p. ej., con la reforma de la Constitución italiana de 1992, que dispuso 2/3 de ambas Cámaras de su Parlamento tanto para aprobar el texto global de la ley como para cada uno de sus artículos: salvo error, desde entonces no ha habido más amnistías); pero hay otras Constituciones que no singularizaron mayoría alguna en relación con la amnistía. En mi modesto sentir, no necesariamente es más coherente identificar la mayoría clara que requiere sin duda la concesión del beneficio amnistiante con una mayoría fija extraordinariamente cualificada (si fuera 2/3, equivaldría a la requerida por la Constitución española para su modificación en las partes más protegidas y aun para su modificación total, a salvo del resto de requisitos de tal procedimiento que hace de extraordinaria dificultad su práctica exitosa). Me parece bastante más adecuada, por más práctica o útil, una noción de claridad que suponga un número suficientemente amplio de parlamentarios que la apoyen, por contraposición al número de los que se opongan a ella, lo que permite un margen de actuación más operativo, de la pluralidad parlamentaria y su consiguiente proyección en la amnistía en juego en cada caso. Esta concepción de mayoría clara (que reconozco inspirada en la conocida como «Ley de la claridad» canadiense para la eventual secesión territorial), comporta que la ausencia en la votación, la abstención o el voto en blanco de una parte relevante de los parlamentarios, pueda permitir la aprobación, o la denegación, de una amnistía por

una mayoría suficiente aunque no sea singularmente cualificada, conforme al principio de que quienes ni apoyan ni se oponen, se avienen a lo que finalmente resulte de la confrontación entre los que mantienen una postura decidida en uno y otro sentido, porque en el supuesto concreto, la amnistía en juego no sea especialmente trascendente o políticamente conveniente a juicio de quienes así lo entiendan como para decidir respaldarla o negarla su respaldo. (Por recordar un ejemplo en este sentido, relevante cuando se contesta esta encuesta, la ley del concierto económico vasco actualmente vigente, Ley 12/2002, de 23 de mayo, fue aprobada en el Congreso de los Diputados por 255 votos, de los 256 emitidos, esto es, no emitieron su voto 94 Diputados). La cuestión de cuándo una mayoría ha de considerarse suficientemente clara caso de que sea discutida habrá de resolverse jurisdiccionalmente y, en tanto su insuficiencia supondría la vulneración del mandato de la Constitución que prohíbe la arbitrariedad, la jurisdicción competente para ello habría de ser la constitucional. Jurisdicción a la que no le es precisamente extraño pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, o de una actuación de los poderes públicos (en particular en el recurso de amparo cuando se trata del poder judicial) en casos indefinidos por su propia naturaleza: así, cuando confirma como constitucional la proporción de paridad en las listas electorales en la fórmula 60/40 que dispone el legislador, cuando concluye constitucionalmente conforme la distinta pena en el rango diferencial que determina el legislador por un mismo ilícito en función del sexo de quien lo comete, cuando deduce el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando define el alcance de las bases o la legislación básica del Estado sobre una determinada competencia o la corrección constitucional de tipo de norma en el que se establecen tales bases según el caso...; supuestos todos ellos en los que la fundamentación del Alto Tribunal podrá ser más o menos acertada y/o compartida, pero cuya justificación práctica resulta jurídicamente incontestable por la elemental razón que enunciara a mediados del siglo pasado el Juez de la Corte Suprema norteamericana Robert H. Jackson en el caso *Brown v. Allen*: «*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*». La conclusión sobre la suficiencia, o no, de una mayoría para la concreta amnistía de que se trate en el caso sería otro supuesto a añadir a los aludidos.

ANA CARMONA CONTRERAS

La ausencia de previsiones constitucionales explícitas en torno a la amnistía, en mi opinión, no puede considerarse como sinónimo de la existencia de una voluntad contraria a su admisibilidad. El hecho de que durante el debate constituyente se rechazaran ciertas enmiendas que tenían como objeto la amnistía, aducido desde ciertos sectores doctrinales para rechazar su viabilidad en nuestro ordenamiento, no resulta concluyente. En primer lugar, porque las enmiendas en cuestión no dieron ocasión para llevar a cabo un debate sustancial o de fondo sobre

la pertinencia de incorporar dicho instrumento de gracia a nuestro ordenamiento. Y, en segundo, porque del rechazo cosechado por las mismas no se deriva una voluntad constitucional negativa y su consecuente exclusión. La referencia a las enmiendas en cuestión, por lo tanto, no conduce a conclusiones determinantes.

Otro de los argumentos esgrimidos para justificar la falta de encaje constitucional de la amnistía apela a la prohibición de los indultos generales. Sostienen sus defensores que, si se proscribe el perdón generalizado al margen de consideraciones individuales (*ad minus*), otro tanto cabe concluir con respecto a la amnistía (*a maiori*). Esta aproximación comparada a los instrumentos de gracia, empero, no es jurídicamente idónea, puesto que indulto general y amnistía no son instrumentos ni material ni sustancialmente parangonables. Ciertamente, comparten un sustrato de base que es común, puesto que ambos son expresión del derecho de gracia, pero su concreta articulación pone de manifiesto importantes diferencias. Así se desprende del hecho de que el indulto (perdón) limita sus efectos únicamente al ámbito de la pena, exonerando de su cumplimiento al condenado. Todo ello, sin que el probado carácter antijurídico de las conductas juzgadas experimente ninguna modificación. Se condona la pena, pero no se modifica la responsabilidad verificada. Por el contrario, la amnistía proyecta sus efectos sobre un plano diverso, dado que su aprobación trae consigo el completo olvido de las conductas contrarias a derecho cubiertas por la misma durante el arco temporal establecido, así como la cancelación de la responsabilidad derivada de aquellas a favor de sus autores. En conexión con su raíz etimológica, la amnistía equivale a un acto de amnesia jurídica total: es como si los actos amnistiados no se hubieran producido nunca, como si sus consecuencias nunca hubieran visto la luz. Atendiendo a lo expuesto resulta, pues, claro —y así lo ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional (STC 147/1986, FJ 2)— que entre indulto y amnistía no se entabla una relación de índole cuantitativa que permita concluir que la prohibición de los indultos generales conduce lógicamente a la de la amnistía. Tratándose de dos instrumentos cualitativamente diversos, la comparación pretendida no es viable.

Sustentar la admisibilidad constitucional de la amnistía, por el contrario, exige tomar en consideración argumentos de índole igualmente constitucional. Entiéndase esta afirmación en apariencia redundante en relación con aquellas interpretaciones que concluyen afirmando la admisibilidad de la amnistía sobre la base de la mención que de la misma lleva a cabo una ley ordinaria, a saber, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. En efecto, en su artículo 666.4 se dispone que tanto el indulto como la amnistía son cuestiones o excepciones que serán «objeto de previo pronunciamiento» en el curso del juicio oral. El planteamiento aplicado resulta errado, ya que se asienta sobre una errónea ordenación de las normas objeto de interpretación, deduciendo la constitucionalidad de la amnistía sobre la base de su regulación legal. Esta inversión del orden de los factores normativos a considerar no es admisible, puesto que pretende interpretar la Constitución a la luz de lo dispuesto en una ley, lo que no tiene cabida en un ordenamiento jurídico en el que aquella es la norma suprema.

Una valoración igualmente crítica merece, a mi parecer, la defensa del encaje constitucional de la amnistía a partir de la aceptación de las denominadas «amnistías fiscales». Nuevamente, vuelve a manifestarse un profundo desenfoco en la identificación del término de comparación utilizado. Para llegar a tal conclusión baste con señalar que la amnistía fiscal no es una manifestación del derecho de gracia mediante la que se cancela la responsabilidad derivada de la comisión de actos anti-jurídicos en el área tributaria. En realidad, a través del recurso a este expediente, el legislador se limita a establecer una vía que permite a quien no ha atendido sus obligaciones y está en una situación de incumplimiento todavía no declarada judicialmente, solventar tal situación. Más concretamente, quien se encuentra en la misma y admite que ha incurrido en irregularidades susceptibles de sanción jurídica, dispone de la posibilidad de cumplir extemporáneamente sus obligaciones, eludiendo la acción de la justicia. Así pues, identificar la amnistía fiscal con la amnistía a secas es una operación jurídicamente rechazable, puesto que los efectos de esta no concurren ni resultan extrapolables a aquella.

Llegados a este punto, considero que la justificación de la viabilidad constitucional de la amnistía deriva del silencio constitucional. No mediando una disposición expresa contraria a la misma, lo que procede es entender que su regulación resulta accesible al poder legislativo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional avala en clave genérica tal percepción de fondo, puesto que ha afirmado la posibilidad de que las Cortes Generales legislen «en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello» (STC 76/1983, FJ 4). Así planteada la cuestión, es posible concluir que la amnistía es una manifestación del derecho de gracia que se inserta en el ámbito del poder legislativo, contando con un respaldo constitucional implícito.

Sentada la anterior premisa, a continuación, corresponde adoptar una perspectiva más específica, centrada en discernir qué concretas condiciones formales y procedimentales debe cumplir la amnistía en el ordenamiento constitucional español. Porque como cualquier otra ley, la de amnistía está sometida a las disposiciones constitucionales, debiendo respetarlas. En primer lugar, tratándose de un instrumento de naturaleza excepcional, puesto que «supone un reproche a los tribunales que aplicaron la ley correctamente y que quedan desautorizados» (STC 147/1986, FJ 4), su activación requiere la concurrencia de un contexto fáctico en consonancia con aquella. Así sucede cuando se perfila una situación en la que la correcta aplicación del derecho y la subsiguiente exigencia de responsabilidades en sede jurisdiccional genera un conflicto que incide sustancialmente sobre la concordia y la paz sociales. En tal circunstancia, el ordenamiento se enfrenta a una transcendente disyuntiva, puesto que la superación de la problemática detectada requiere ignorar la ortodoxia jurisdiccional en la aplicación de la ley, cancelando sus efectos. De este modo, queda servida la colisión frontal entre los efectos derivados de la actuación del Estado de Derecho y la necesidad material de suprimirlos en aras de la concordia. Concurriendo un contexto de estas características, el ejercicio del derecho de gracia funciona como respuesta reparadora, esto es,

como un instrumento que viene a garantizar la estabilidad del sistema en su conjunto. Desde tal perspectiva, compartimos la afirmación de César Aguado (2001) al considerar la amnistía como «un mal necesario», una suerte de «válvula de seguridad».

Consecuencia de lo apenas expuesto es la afirmación de la existencia de un deber de motivación expresa que recae sobre el legislador, quedando obligado a exponer las excepcionales circunstancias que subyacen a la amnistía. La importancia del elemento fáctico deviene esencial, puesto que este ha de configurarse como un objetivo legítimo. Sobre la base de este requisito inicial, a continuación, se ha de razonar sobre la necesidad y adecuación del recurso a la amnistía. Se trata de justificar, en primer lugar, que el logro de la finalidad perseguida —recuperar la concordia— requiere recurrir a dicho instrumento. Una vez cumplida tal exigencia, a continuación, es preciso demostrar la existencia de una relación de adecuación entre el objetivo fijado y las medidas adoptadas para su consecución. Se trata, en definitivas cuentas, de poner en evidencia el nexo teleológico concurrente entre ambos vectores (contexto fáctico/normativa reguladora). En último término, superados los estadios precedentes se impone un ulterior deber, a saber, argumentar sobre el respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto de las disposiciones adoptadas. El sacrificio que experimentan los derechos fundamentales —esencialmente, la igualdad— y la verificación de que el mismo es constitucionalmente admisible así lo requiere.

ALICIA GIL GIL

Sí, considero que la Constitución española no prohíbe todo tipo de amnistías. Ni lo prohíbe al prohibir los indultos generales, ni lo prohíbe por omitir su permisión expresa, ni comparto tampoco el argumento de que toda amnistía es contraria a la Constitución porque este instrumento en todo caso supone la vulneración de los principios constitucionales de separación de poderes (Ramos Tapia y Ruiz Robledo), pues como bien se ha señalado, otras democracias de nuestro entorno, que sin duda respetan este y otros principios propios de las democracias constitucionales, han admitido al mismo tiempo las amnistías. Y también se admite esta institución en la normativa europea, y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Por otro lado, es cuestionable que la amnistía infrinja la separación de poderes, dado que es el Parlamento el que aprueba esa derogación transitoria de la ley. La cuestión, por tanto, no radica en si la institución en sí está prohibida por la Constitución, que no creo que lo esté, sino en qué requisitos debe cumplir una ley de amnistía para que se considere conforme con la Constitución.

El propio Tribunal Supremo ha orillado en su cuestión de inconstitucionalidad (Auto de 24/07/2024) la discusión sobre si las amnistías son en general compatibles o no con la Constitución española, para centrarse en lo que considera más relevante: si esta amnistía en particular lo es.

El primer requisito, en mi opinión, es la exigencia de ley, y además de ley orgánica. Tanto por razones formales como materiales. Por razones formales, porque frente al indulto, que solo impide la ejecución de una pena ya impuesta, la amnistía supone, como se ha dicho, una derogación transitoria de la ley penal para los delitos cometidos en un determinado ámbito, conflicto o situación. Por tanto, implica la afectación al Código penal, que es una ley orgánica, y en consecuencia debe acometerse por ley orgánica. En sentido material, además, porque en el momento en que implique la desprotección penal de un bien jurídico que tiene la categoría de derecho fundamental (por ejemplo, si se amnistían unas lesiones, o unas injurias, etc.) se está afectando, según la concepción de gran parte de la doctrina penalista, al Derecho fundamental en cuestión (Cerezo) (la integridad física, el honor...) lo que exige el instrumento de ley orgánica.

La exigencia de ley orgánica no solo busca una mayoría cualificada para la regulación de materias especialmente importantes, sino que además garantiza en su tramitación la suficiente publicidad, transparencia y el informe de los órganos pertinentes. Por ello hay que advertir que no basta con la tramitación de la ley orgánica, sino que debe realizarse de forma honesta y leal. Y esto no sucede si se utiliza la trampa de acudir a una proposición de ley para encubrir lo que en realidad es un proyecto de ley, eludiendo así los trámites propios de este, y, con ello, los informes preceptivos de órganos constitucionales.

Como requisito de fondo es necesario un fundamento que justifique suficientemente la quiebra del principio de igualdad que supone dejar de aplicar la ley penal, que sigue vigente para el resto de los ciudadanos. Como instituto propio de la punibilidad, la amnistía debe tener un sustento político-criminal basado en razones de eficiencia, eficacia o efectividad de la ley penal. Es decir, la concesión de la amnistía —la inaplicación de la ley penal para crímenes que seguirán siendo perseguibles fuera de ese ámbito o conflicto concreto— debe concebirse como una forma mejor de proteger los intereses lesionados (por ejemplo cuando se condiciona a la restauración de los mismos y a la vuelta a la legalidad —amnistía fiscal de 1991—) o ser la única forma de superar el conflicto o de alcanzar intereses superiores a aquellos que se pretenden con la aplicación del Derecho penal (y que son, en definitiva la protección de los bienes jurídicos propios de las figuras delictivas que ahora se dejarán de aplicar), como sucede, por ejemplo, cuando la amnistía, condicionada siempre a la verdad, reparación y garantías de no repetición, se concede para conseguir la paz en una situación de conflicto bélico.

Además, desde un punto de vista político, una ley de tal envergadura debe contar, como también ha señalado la Comisión de Venecia, con amplios consensos políticos y sociales. Recordemos que la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía fue aprobada con el 93,3%, de los votos del primer Parlamento democrático tras 40 años de dictadura (296 votos a favor, 2 en contra, 18 abstenciones y un voto nulo).

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

La amnistía está prevista en el artículo 9.3 de la Constitución española que establece: «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Y como expresó el Tribunal Constitucional en su sentencia de 30 de marzo de 1981 en su Fundamento Jurídico 5º: *«El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (en realidad no solo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras aunque solo a aquella y no a todas estas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Interpretado «a contrario sensu» este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3».*

El principio de retroactividad ha sido utilizado para establecer (para fortalecer dice imprecisamente la sentencia del Tribunal Constitucional antes referida) en el nuevo Código Penal de 1995 la retroactividad favorable, como es sabido, en su artículo 2.2. Este precepto supone que cuando mediante ley orgánica se suprime un precepto penal o cuando se modifica un precepto penal atenuando la penalidad de los delitos contemplados en el mismo, los condenados por los delitos que se derogan o reforman, pueden quedar libres o ver atenuadas sus penas. El precepto ha sido aplicado recientemente por los tribunales españoles a propósito de la modificación del Código penal en lo relativo a la supresión del delito de secesión y la modificación del delito de malversación, así como consecuencia de la conocida como Ley del sí es sí. Pero debe decirse de inmediato que la retroactividad favorable que contiene el Código penal no tiene autonomía alguna: es consecuencia directa de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, que introduce el principio general que el Código penal no hace sino regular. Cada reforma del Código penal puede establecer la retroactividad favorable o no establecerla. Es decir, el legislador en virtud de lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución puede utilizar o no utilizar dicha potestad. Pues no es obligatorio para el legislador, al reformar el Código penal, eliminando delitos o atenuando las penas de algunos de ellos, que aplique el principio de retroactividad que beneficie a los condenados o procesados por los delitos eliminados o por las penas atenuadas. Por el contrario, el legislador cuando reforma el Código penal, incrementando las penas de una serie de delitos, no puede aplicar dicha reforma retroactivamente a los que estuvieran siendo procesados, o a los ya condenados por los delitos reformados, por virtud de lo previsto en el artículo 9.3 de la Constitución. Tampoco puede el legislador, al establecer un nuevo delito en el Código penal, juzgar a los que cometieron los hechos o comportamientos determinantes del nuevo delito con anterioridad a la entrada su entrada en vigor.

La retroactividad favorable no es privativa del Código penal, está también prevista en la legislación administrativa general vigente y en la legislación fiscal. En efecto, tanto en virtud del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como en el artículo 219 de la Ley General Tributaria, la Administración puede revocar las sanciones administrativas de manera prácticamente ilimitada. A mi juicio, esta potestad administrativa debiera someterse a límites; pero lo cierto es que es otra manifestación de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución.

De ser cierta la argumentación de los que sostienen que las leyes de amnistía serían inconstitucionales porque el indulto general está prohibido expresamente en la Constitución, serían igualmente inconstitucionales las leyes orgánicas penales que establecen efectos retroactivos favorables aplicables a los que están siendo juzgados o a los que ya han sido juzgados y condenados. Y tampoco es infrecuente que cuando se modifica el régimen jurídico de un determinado tipo de régimen jurídico publicado, como por ejemplo el régimen jurídico de los contratos de compraventa de viviendas de protección pública, se aplique la retroactividad favorable a las viviendas de protección pública sometidas a un régimen anterior más estricto o menos favorable a los intereses de compradores y vendedores; pues de no ser así se podría incurrir por el legislador en un caso de desigualdad que incurriría en arbitrariedad.

La amnistía es una manifestación de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución. Y teniendo en cuenta que la ley de amnistía consiste en una derogación retroactiva singular y transitoria de determinados preceptos del Código penal, aprobado con forma de ley orgánica, las amnistías en nuestro ordenamiento jurídico (lo que es una singularidad en el conjunto de estados democráticos) deben otorgarse mediante ley orgánica.

Aunque la amnistía no estuviera prevista en el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que la Constitución no la prohíbe el Parlamento podría otorgarla siempre que se dictara de acuerdo con los valores, principios o preceptos de la propia Constitución, del Derecho de la Unión Europea o de tratados internacionales aplicables al caso. Y esto porque en los regímenes democráticos las prohibiciones deben ser expresas y explícitas para cumplir con los principios de legalidad y seguridad jurídicas. No es posible utilizar la analogía para extender prohibiciones, infracciones o sanciones en el ámbito de los derechos o intereses de los particulares. El Código penal la prohíbe en su artículo 4.1. Y, con mayor razón, no se puede utilizar la analogía en el ámbito de las potestades de las Cortes Generales que representan al soberano.

El representante del soberano, las Cortes Generales, solo tiene como límites de su potestad legislativa los establecidos en la Constitución, en el Derecho de la Unión Europea, en los tratados internacionales aplicables al caso y en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y leyes de transferencia de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas. Por el contrario, el Gobierno y las Administraciones públicas estatales, autonómicas y locales solo

tienen las competencias que les otorgan la Constitución y las leyes. La doctrina administrativista alemana del *positive Bindung* solo es aplicable a las Administraciones públicas, en cuanto poderes vicarios de los ciudadanos. Ningún autor medianamente serio ha tenido la ocurrencia de aplicar esta doctrina al Parlamento en un sistema parlamentario. Existe una máxima inglesa que dice que el Parlamento lo puede hacer todo menos convertir a un hombre en mujer. Entiéndase en nuestros días dicha máxima en el sentido de que el Parlamento británico solo tiene los límites que provienen de la naturaleza de las cosas (sobre todo ahora que el Reino Unido ha salido de la Unión Europea). El Parlamento español, además de los límites que provienen de la naturaleza de las cosas, también tiene las limitaciones a que antes me he referido.

Desigualdad no permitida por la Constitución sería la de dejar fuera de la aplicación de la amnistía a personas que cumplieran los requisitos establecidos en los ámbitos material y temporal de la Ley de amnistía. A este respecto conviene tener en cuenta que la circunstancia de que la amnistía consista en la derogación retroactiva y transitoria de determinados delitos exige plantearse si el legislador puede excluir de la aplicación de la amnistía a las personas que hayan cometido los mismos delitos y acciones al margen del *procés*. ¿Se puede aplicar al caso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la que antes me he referido?, esto es: ¿se puede aludir a que existe algún «elemento diferenciador de relevancia jurídica» para no aplicar la derogación transitoria de los delitos que contempla la Ley orgánica de amnistía al margen del *procés*? Pues en otro caso se podría estar incurriendo en arbitrariedad por parte del legislador; prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución.

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

La admisibilidad o no de la amnistía en la Constitución ha sido objeto de un debate hasta el fondo en el seno de la comunidad de juristas en España. Y, como resultado, siguen manteniéndose las dos posturas enfrentadas, sin que el debate haya aportado nada decisivo que sirviese para llegar a una interpretación común o compartida. Creo que ello se debe a que, tanto una como otra interpretación se asientan, en última instancia, en argumentos indiciarios que no son incontestables y que se han demostrado incapaces de destruir los fundamentos de la interpretación contraria. En resumen —y a riesgo de caer en el simplismo—, las dos posturas difieren en un punto fundamental. Quienes consideran que la amnistía cabe plenamente en el sistema constitucional español se asientan en que la Constitución no la excluye expresamente, por lo que, en la medida en que todo lo no expresamente prohibido está permitido, entraría dentro de la potestad legislativa del Parlamento, de forma que, por ley, el Parlamento podría aprobar una amnistía cuando y como considerase políticamente oportuno. Por el contrario, quienes sostienen —entre quienes me encuentro— que la amnistía no es posible en el

marco de nuestra Constitución entienden que la prerrogativa de gracia es una excepción a la potestad exclusiva de los tribunales para juzgar y hacer cumplir lo juzgado (artículo 117), por lo que requiere una expresa acogida en la Constitución; una expresa acogida que solo hace en el artículo 62, letra i) al referir al derecho de gracia, ejercitable «con arreglo a la ley», excluyendo la posibilidad de indultos generales. En resumen, para tener encaje en nuestro sistema constitucional, la amnistía tendría que haber sido expresamente prevista en la Constitución, como ocurre con los indultos, única figura expresamente prevista al hacer referencia a la prerrogativa de gracia.

Esta es la opinión interpretativa que yo sostengo. Hay, en esta dirección, dos argumentos añadidos que, en mi opinión, refuerzan esta idea de forma importante. Por una parte, el comparado: las Constituciones de nuestro entorno que se utilizaron como referencia en la elaboración del texto constitucional recogen expresamente la figura de la amnistía junto a la de los indultos. La Constitución francesa atribuye al Presidente de la República «el derecho de gracia individual» (artículo 17), mientras que expresamente prevé la amnistía entre las competencias de la ley (Parlamento) en el ámbito penal (artículo 34). Igualmente, la Constitución italiana prevé expresamente las dos figuras, amnistía e indulto (art. 79), cuya concesión el texto originario (1948) atribuía al Presidente de la República «de acuerdo con una ley de delegación de las Cámaras», habiendo sido reformado (1992) de forma que, en la actualidad, la concesión tanto de la amnistía como del indulto requiere ley aprobada por mayoría de dos tercios en cada una de las dos Cámaras «en cada uno de sus artículos y en la votación final». La Constitución portuguesa establece la concesión de «amnistía y perdones genéricos como una competencia política y legislativa de la Asamblea de la República (artículo 161, letra f).

Mención especial merece, en este ámbito comparativo, la regulación en la Constitución alemana, texto fundamental de referencia en la elaboración de nuestra Constitución. En ella no se recoge expresamente la figura de la amnistía; establece, únicamente, que el Presidente de la República federal «ejercerá el derecho de gracia en cada caso particular» (artículo 60.2). Es necesario porque uno de los argumentos que se ha utilizado para justificar la legitimidad constitucional de la amnistía en España ha sido el ejemplo alemán. Se ha señalado que, a pesar de no haber referencia expresa a la amnistía en la Constitución, sin embargo, en Alemania se habrían aprobado distintas leyes de amnistía. Esto no es exactamente así. En Alemania se han aprobado lo que se denomina «leyes de impunidad» (*Streisfreiheitsgesetz*). Se aprobaron dos «leyes de impunidad» relacionadas con crímenes bajo el nazismo (1949 y 1954), que responden a una lógica de cambio de régimen, y otras dos desvinculadas de aquel periodo político (1968 y 1970). Estas últimas son ejemplificativas de las características de este tipo de leyes, que se consideran ejercicio de la competencia (concurrente, artículo 74.1 de la Constitución) sobre el derecho penal. Son leyes cuyo objeto es complementar los efectos de leyes —coetáneas— de derogación o modificación de determinados tipos

delictivos, con la finalidad de dar plena efectividad a esas reformas penales, borrando completamente los efectos de su previa existencia, incluyendo los que la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable no hace desaparecer. El § 1 de la ley de impunidad de 1968, que precisa el ámbito de aplicación de la misma, es ejemplificativo, en este sentido: «Para los delitos contemplados en las disposiciones derogadas o sustituidas por la Octava Ley de Modificación del Derecho Penal, se concederá la exención de pena de conformidad con las siguientes disposiciones en la medida en que los delitos se cometieran antes del 1 de julio de 1968. La exención de pena abarcará las penas impuestas con efecto definitivo, en la medida en que aún no se hayan ejecutado, así como las penas previstas». La Ley de impunidad de 1970 recoge un artículo 1 en todo similar. La diferencia entre estas leyes de impunidad y lo que entre nosotros se entiende como ley de amnistía me parece evidente y significativa.

Junto al argumento comparativo, el argumento histórico refuerza esta consideración de que el acogimiento de la amnistía requiere su expresa recepción en la Constitución. La Constitución de 1931, otro de los grandes referentes en la elaboración del texto de la Constitución, sigue el mismo patrón al prever expresamente, las amnistías —«que solo podrán ser acordadas por el Parlamento»—, la prohibición de los indultos generales y los indultos individuales —cuyo otorgamiento correspondía al Tribunal Supremo o, en casos de extrema gravedad, el Presidente de la República, previas determinadas formalidades— (artículo 102). Se han utilizado otros argumentos, en defensa de una u otra posición interpretativa —algunos, de muy poca consistencia, como el hecho de que, al margen de la amnistía de 1977, ha habido ya distintas amnistías en la España constitucional, entre las que se refiere a las vulgarmente (política y periodísticamente) conocidas como «amnistías» fiscales—, pero creo que no tiene, a estas alturas, ningún sentido entrar en cada uno de los argumentos esgrimidos, por colaterales o secundarios. Lo que, a estas alturas del debate, siento necesidad de precisar, como ya he hecho con anterioridad, es que hay un número importante de juristas, entre quienes se encuentran personas a las que tengo una gran consideración profesional, que sostienen una opinión contraria a la que yo he defendido. Los argumentos puestos en juego para sostener su opinión no me han convencido; pero no me siento capaz de menospreciarlos. Conformamos, como decía Peter Häberle, una sociedad abierta de intérpretes, respecto de la que hay que aceptar que no siempre los argumentos en favor de una u otra posición son indiscutibles y que, por tanto, hay cuestiones llamadas a ser —y mantenerse— controvertidas.

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

Desde finales del verano de 2023 se ha escrito mucho sobre el encaje de una institución como la amnistía en la Constitución. Todas las razones a favor y en contra expuestas por diferentes juristas, principalmente académicos, son

seguramente bien conocidas por el lector. El debate ha sido intenso, podría decirse que para lo bueno y para lo malo por cuanto se ha visto afectado por la polarización y fractura que hoy vivimos en nuestro país. Quizá, también es cierto, no estamos tan acostumbrados como en otros lugares a discutir, es decir, a «contender y alegar razones contra el parecer de alguien» (DLE) y nos ha sorprendido la intensidad, incluso la vehemencia, de lo que ha pasado en estos últimos meses. Sea como fuere, estamos llamados a seguir hablando en los próximos tiempos de amnistía, y de la LOA en particular, al hilo, ahora, de las decisiones de los tribunales llamados a aplicarla y a resolver las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad presentados ante el Tribunal Constitucional, así como las cuestiones prejudiciales elevadas al Tribunal de Justicia.

Bastaría con remitirse a algunos excelentes trabajos que se han publicado últimamente para tener una completa panorámica de las razones que sustentan tanto la posibilidad constitucional de la amnistía como su incompatibilidad con nuestro vigente marco constitucional (pueden consultarse, entre otros, los de C. Aguado Renedo, *cit.*; J. Tajadura Tejada, *cit.*; J. García Roca, «La amnistía en la Constitución: los constitucionalistas divididos», *REDC*, n.º 131, 2024, pp. 13 y ss.; F. Bastida Freijedo, «Amnistía y Constitución», *RGDC*, n.º 40, 2024, pp. 2 y ss.; A. Ruiz Robledo, «La amnistía en la España constitucional», *RGDC*, n.º 40, 2024, pp. 40 y ss.). Por mi parte, me voy a limitar a exponer las razones por las que entiendo que una amnistía cabe en la Constitución de 1978, intentando no repetir demasiado (ni repetirme) lo que ya tantas veces se ha escrito.

Parto del entendimiento de que el silencio constitucional sobre la amnistía no implica su impracticabilidad; dejo constancia de que en diversos Estados europeos, como Alemania, Bélgica o Suecia, entre otros, el silencio constitucional no ha impedido la aprobación por sus Parlamentos de varias amnistías, y asumo que en los debates constituyentes no se rechazó expresamente su incorporación (la ponencia acordó «no constitucionalizar este tema») porque, como ha recordado Requejo Pagés, «el debate sobre la gracia sencillamente no existió» (*cit.*, p. 101). Seguramente nos hubiéramos ahorrado una parte de la polémica de los últimos meses si las Cortes hubieran deliberado y decidido entre 1977 y 1978 con la claridad con la que lo hicieron las Constituyentes de 1869 y 1931.

Empezaré respondiendo a un argumento que ya he apuntado en mi respuesta a la pregunta precedente. Quienes entienden que la CE prohíbe los indultos generales (recuérdese que yo he mantenido que éstos son posibles si los concede el legislador) sostienen que existen aún más motivos para negar la compatibilidad de una amnistía con la Constitución por cuanto esta última es una medida de gracia cuyos efectos exceden con mucho los del indulto. Prohibido lo menos, con mayor razón ha de prohibirse lo más. Aguado Renedo responde a esta afirmación recordando que, si bien amnistía e indulto participan «de la naturaleza general de medidas de gracia, la naturaleza privativa de cada una, es decir, su cualidad específica, las hace insusceptibles de comparación: ni por el órgano concedente y su correspondiente modo normativo, ni por sus efectos» (*cit.*, p. 58). Tal y como

el Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia 47/1986, «es erróneo razonar sobre el indulto y la amnistía como figuras cuya diferencia es meramente cuantitativa, pues se hallan entre sí en una relación de diferenciación cualitativa» (FJ 2).

Cobo del Rosal y Vives Antón (*Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, 3ª ed., p. 745-746), quienes consideran que la Constitución «debiera también haber prohibido expresamente la amnistía», afirman que carecería de sentido «prohibir lo menos (indultos generales), y permitir lo más (amnistías), *de no ser porque éstas habría de concederlas el Parlamento en virtud de Ley, y lo que limita la potestad de gracia tal vez no afecta al poder legislativo de las Cortes Generales*» (la cursiva se ha añadido). En el mismo sentido, Mir Puig entiende que «es difícil negar al Parlamento la posibilidad [amnistía] de lo que en definitiva puede verse como una forma de legislación derogatoria, con efectos retroactivos y temporales de normas penales que el propio Parlamento puede aprobar y derogar definitivamente» (*cit.*, p. 757).

La amnistía, en definitiva, es legislación, «es parte de la ley y de la función legislativa» (J. García Roca, *cit.*, p. 29) que las Cortes monopolizan (artículo 66.2 CE) y éstas, «como titulares de la potestad legislativa del Estado pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, [... aunque] esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución» (STC 76/1983, FJ 4). Así lo imponen el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador. Una decisión como la amnistía solo puede corresponder en un ordenamiento como el nuestro al Parlamento, «núcleo básico de decisión política y de ordenación de la comunidad estatal [...] el cual ocupa un lugar central y preeminente en todo el sistema jurídico-político». Por esta razón «la ley tiene como cometido la resolución de las cuestiones que afectan verdaderamente a todos los ciudadanos, fijando cuál sea el interés general (nacional o regional) en cada sector concreto» (L.M. Díez-Picazo, «Concepto de ley y tipos de leyes», *REDC*, n.º 24, 1988, pp. 88-89).

Se argumenta también contra la amnistía alegando que la misma supone vulneración de la igualdad entre los españoles (artículo 14 CE). En efecto, no es exagerado afirmar que toda amnistía genera naturalmente desigualdad ya que «*comporta una suspensión temporal del principio de igual eficacia para todos de las normas penales basada en razones que deben ser excepcionales*» (la cita corresponde a la sentencia 272/1997, de 25 de julio, de la Corte Constitucional italiana, la cursiva está añadida). Ahora bien, ya se sabe que no toda desigualdad, tal y como reconoció tempranamente el Tribunal Constitucional, constituye necesariamente una discriminación; «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 22/1981, FJ 3). Y es aquí donde entran en juego el contexto en el que se aplica la amnistía y las razones excepcionales que deben explicarla.

Además, y es importante subrayarlo, la igualdad (como trato igual a los iguales) no deja de producir efectos en el contexto de una amnistía. De nuevo en los términos de la Corte Constitucional italiana, «en presencia de una legítima concesión de amnistía, *el principio de igualdad* —que en su aspecto formal es en cierto modo suspendido como consecuencia de la propia amnistía— *puede operar únicamente en el interior del espacio delimitado por la opción suspensiva del legislador, impidiendo, dentro de ese espacio, discriminaciones puramente arbitrarias, no reconducibles a ninguna ratio aceptable*. Por lo tanto, la irrazonabilidad de una exclusión puede decidirse únicamente como resultado de un escrutinio riguroso que permita negar la existencia de razones que la justifiquen» (sentencia 272/1997, la cursiva no está en el original). Y es en este concreto aspecto, y solo en él, donde la LOA plantea, en mi opinión, un problema de constitucionalidad, tal y como intentaré demostrar al responder a la próxima pregunta.

Se argumenta también contra el encaje constitucional de la amnistía que se trata de una institución que afecta a la idea de Estado de Derecho (que resulta disruptiva para éste, en opinión de C. Aguado Renedo, *cit.*, p. 65), en particular a la separación de poderes: el legislativo estaría invadiendo funciones propias del poder judicial y lo estaría haciendo, además, sin un soporte directo, inmediato, en la Constitución, que reserva exclusivamente a los tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE).

Las interferencias del Poder Legislativo en el Judicial, y el modo de evitarlas, pueden expresarse de dos maneras (S. Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, pp. 32 y ss.). La primera tiene que ver con la regulación por aquél de lo relativo a la «organización, funcionamiento, competencias, régimen personal y responsabilidades de los jueces» y para preservar el espacio de la jurisdicción es oportuno que la Constitución reserve a la ley esos ámbitos tanto en el plano formal como en el material. Los principios constitucionales se convierten de este modo en «límite a las determinaciones legales». Corresponde así al legislador, en lo que ahora nos interesa, establecer las normas relativas a la competencia jurisdiccional (STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 3). Una segunda manera de evitar las interferencias del legislador en la jurisdicción «se refiere a la prohibición de que la ley asuma directamente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que es el núcleo típico de la función jurisdiccional», aunque como reconoce Muñoz Machado «no existe en este caso una predeterminación constitucional de las materias en las que no puede entrar el legislador, por estar reservadas a la jurisdicción. La determinación de estos supuestos, [...] tiene que hacerse no con carácter general sino, todo lo más, concretando supuestos específicos en que determinadas operaciones legales rompen el núcleo típico de la función jurisdiccional, arrebatándole su ejercicio a los jueces» (*cit.*, p. 32).

Y no parece que ese sea el caso de una ley de amnistía, con la que el Parlamento ni juzga, ni absuelve. Lo que la ley hace, utilizando ahora las palabras de la LOA, es «excepcionar la aplicación de normas vigentes a los hechos acaecidos en un determinado contexto». El legislador no enjuicia, ni tampoco declara la

inocencia de ninguna persona. Una ley de amnistía no es autoaplicativa. «Cuando la ley ocupa todo el espacio que media entre la regla abstracta y la aplicación concreta, usurpa también el ejercicio de una función que le es ajena e impide que pueda desarrollarse ante los jueces un contencioso —con todas las garantías debidas en el Estado de Derecho— sobre los problemas aplicativos de la ley» (S. Muñoz Machado, *cit.*, pp. 64-65). ¿Es esto lo que sucede con la LOA? Obviamente no. La aplicación concreta de la ley a cada caso, a cada persona, dependerá del resultado de un procedimiento que tendrá lugar ante un tribunal y que se celebrará con las mismas garantías que cualquier otra actuación judicial (Título III, LOA).

Prescindiendo ahora de otros reproches que considero de menor entidad (como, por ejemplo, la afectación a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de los hechos amnistiados), quedaría analizar la eventual tacha de arbitrariedad por parte del legislador al decidir la amnistía. Como se trata de una censura que no puede formularse en abstracto contra la amnistía como tal, sino solo contra una amnistía en concreto, como ha sucedido entre nosotros, haré alguna reflexión sobre el particular al responder a la siguiente pregunta.

Esta cuarta pregunta de la *Encuesta* alude también a las condiciones formales que debería reunir una hipotética amnistía en España. La mayoría de quienes han intervenido en el debate sobre la amnistía a los condenados por su implicación en el proceso independentista han entendido que una ley de este tipo debería de tener la condición de orgánica. El argumento que se repite es que siendo la amnistía una derogación singular del Código Penal, la naturaleza de la fuente que la aprobara habría de ser la misma que la de este último (en contra, C. Aguado Renedo, *cit.*, p. 85). Si, como creo, es efectivamente así, me parece necesario precisar, tal y como hace P. Guerrero Vázquez, que en la LOA no deberían de tener naturaleza de orgánicas las disposiciones que amnistían las infracciones administrativas, las contables y las que regulan el procedimiento («La amnistía del procés y su controvertido encaje en la Constitución», REDC, n.º 131, 2024, pp. 125 y ss.).

5. *¿Qué consideraciones le merece en concreto la ley de amnistía? ¿Cumpliría los requisitos o condiciones necesarios para entender que se ajusta a la constitución? ¿Qué aspectos le parece que serían inconstitucionales o de dudosa constitucionalidad?*

CÉSAR AGUADO RENEDO

Al igual que la pregunta anterior mi opinión sobre la amnistía concedida en nuestro sistema ha sido expuesta por extenso en un artículo de reciente aparición, (no, sin embargo, de reciente redacción, que tuvo lugar tiempo antes de que, por los trámites y tiempos de edición propios de la publicación periódica, haya visto la luz). Aquí sintetizo esa opinión que, desde que la enuncié cuando la amnistía apenas fue bosquejada como proyecto, en diversas intervenciones, públicas y

cerradas, hasta hoy, no ha variado tras las numerosas lecturas sobre ella que he podido llevar a cabo. Y esa opinión es netamente contraria a su constitucionalidad. La razón de tal posición no es otra que la que deriva de la respuesta a la pregunta anterior, obviamente lógica en su orden de formulación respecto de esta: que la gracia aprobada incumple las condiciones para poder ser considerada constitucionalmente válida. Así sucede con su finalidad esencial que, aunque el preámbulo de la ley reitera de modo insistente que consiste en la mejora y garantía de la convivencia democrática quebrantada con motivo del proceso independentista, los hechos son claramente contumaces en negar tal finalidad como la verdaderamente perseguida por la decisión de amnistiar, y evidencian que su objeto real era lograr los apoyos necesarios para obtener la presidencia en el Gobierno. Comenzando por la negativa a la posibilidad de la amnistía mantenida por el Gobierno inmediatamente anterior del mismo candidato a la jefatura del Ejecutivo, quien solo la patrocinó una vez conocidos los resultados electorales (en los que el programa del partido que lidera no incluyó la menor referencia a tal posibilidad: en plena coherencia, por lo demás, con la negación de su posibilidad por significados miembros de su Gobierno anterior, como se acaba de recordar); siguiendo por sus declaraciones públicas en el seno del principal órgano de su partido; y terminando por los explícitos contenidos contraprestacionales de la amnistía por votos, que reflejan los acuerdos entre el partido del candidato y las formaciones nacionalistas (cuyos programas electorales sí propugnaban la amnistía en cuestión) protagonistas del proceso catalán independentista, las circunstancias de cuyos responsables más significados involucrados en dicho proceso les hacen los evidentes destinatarios naturales de la ley de amnistía.

La finalidad real buscada con la amnistía tenía una legitimidad política tan evidente como su carácter de interés particular, interés que compartían los demás candidatos electorales con sus respectivas fuerzas políticas, y por tanto del todo inservible como motivo para hacer uso de una institución cuya naturaleza excepcional exige un bien común general de tal índole que se sobreponga a la aplicación de la ley como exigencia primaria del Estado de derecho. Y es meridiano que en ningún caso puede ser considerado ese tipo de bien la determinación del responsable del poder ejecutivo nacional cuando resulte complicada por la aritmética resultante de comicios electorales, situación ésta contemplada como ordinaria, o por mejor decir, como que va de suyo en cualquier sistema político parlamentario (art. 99 en el caso de la Constitución española).

La desnaturalización que supone el empleo de la institución de la amnistía como el primer supuesto habido hasta la fecha en nuestro régimen constitucional, constituye un paradigma de uso arbitrario de la misma, taxativamente vedado por la pieza que culmina el Título Preliminar de la Constitución, el inciso final de su último precepto.

En cuanto a la tercera cuestión por la que se inquiera, la conclusión sobre la inconstitucionalidad de la ley de amnistía resulta, según se puede apreciar, escueta y taxativa como corresponde al caso en nuestro modesto juicio. Es un juicio —dato

este fundamental— sobre la ley como tal ley, esto es, considerada como cuerpo normativo, sin entrar en contenidos concretos que, en otra ley de amnistía, acaso algunos de ellos pudieran ser conformes con la Constitución pero que, formando parte de la L.O. 1/2024, quedan indefectiblemente envueltos en su inconstitucionalidad. A mi parecer, no procede el análisis particular de los contenidos de la ley, no sólo porque abordarlos comporta como condición de partida la validez de un tipo de ley cuya naturaleza impide *a radice* su empleo para un interés particular, sino además porque introducirse en ellos supone propiciar tantos problemas interpretativos como incisos tienen sus preceptos, máxime cuando la polarización que ha generado ha sido tan extrema y ha dado visos ya de haberse trasladado al ámbito de los jueces y fiscales (por recordar ejemplos notorios de diferencias evidenciadas, en relación con dos de los principales delitos pretendidamente amnistiados, el de terrorismo y el de malversación). No se trata, naturalmente, de que el intérprete más cualificado de la Constitución soslaye lo que debe abordar, sino de que responda estrictamente a lo que el supuesto requiere, porque el TC es un órgano jurisdiccional, no un órgano académico (por imprescindible que sea la integración de académicos prestigiosos hoy sí se quiere hacer de él un órgano reconocidamente competente) ni consultivo.

ANA CARMONA CONTRERAS

Atendiendo a las exigencias expuestas en el apartado precedente deviene imprescindible focalizar la atención en el contenido del Preámbulo de la LO 1/2024, ya que es en el mismo donde se explicitan las causas que se hallan en la base de la respuesta normativa aprobada. De cara a explorar la constitucionalidad de la ley son esas causas las que concentrarán la atención valorativa. Identificado el marco en el que se desarrollará nuestra tarea, sin embargo, no resulta posible eludir la referencia al que se configura como fundamental (y no expresado formalmente) motivo sobre el que se sustenta la ley de amnistía: la necesidad del candidato Sánchez de obtener el apoyo de las fuerzas independentistas catalanas para superar la votación en la sesión de investidura y revalidar así su condición de presidente del Gobierno. A pesar de que, durante la campaña electoral, se negó explícitamente que fuera a recurrirse a este instrumento de gracia, lo cierto es que a la luz de los resultados cosechados y las exigencias de la aritmética parlamentaria esa premisa cambió radicalmente de signo. Recabar los votos de los diputados secesionistas exigió la aceptación de la amnistía a los responsables del *procés* por parte del candidato Sánchez. Será a partir de tal necesidad que viene a construirse, guardando un sepulcral silencio al respecto, la argumentación incorporada al Preámbulo de la ley en torno a sus causas justificadoras.

Pasando ya al análisis del contenido del Preámbulo, en primer lugar, manifiesto una abierta discrepancia sobre la consideración de esta ley como singular, según afirma aquel expresamente. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

en línea con la construcción doctrinal imperante, reserva tal consideración a textos formalmente legislativos, pero que incorporan un cuyo contenido de naturaleza administrativa. Asimismo, otro de los signos de identidad de estas leyes es su carácter autoaplicativo, dado que no requieren actos de ejecución para su puesta en práctica, lo que genera graves problemas desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ninguna de las características nucleares enunciadas concurre en la LO 1/2024, por lo que la consideración como singular, desde una perspectiva conceptual ortodoxa, no procede.

Solventada esta cuestión preliminar, a continuación, lo que corresponde es determinar si la respuesta legislativa responde a un objetivo legítimo, atendiendo a los motivos alegados por el legislador. Desde tal aproximación, el título que acompaña a la ley pone en evidencia la finalidad que sustenta la amnistía: «la normalización institucional, política y social en Cataluña». El análisis del contenido del Preámbulo permite identificar afirmaciones que desarrollan la premisa apuntada y que se orientan a apuntalar la necesidad de la medida de gracia. Así, «la desafección de una parte sustancial de la sociedad catalana hacia las instituciones estatales, reavivada por las consecuencias penales de la acción penal». La amnistía se perfila como «el único instrumento apto para superar el conflicto». En las actuales circunstancias, sigue razonando el legislador, los instrumentos utilizados anteriormente para aliviar las consecuencias negativas derivadas de los procesos judiciales —indultos y reformas penales, suprimiendo el delito de sedición y modificando el de malversación— han agotado su virtualidad, por lo que la amnistía es «el único instrumento apto para superar el conflicto». Como ulterior argumento de refuerzo se afirma que esta es «la mejor vía para abordar, desde la política, un conflicto político», garantizando «la convivencia dentro del Estado de Derecho».

La construcción argumental expuesta se concentra, por lo tanto, no solo en explicitar la necesidad del objetivo perseguido con la amnistía sino también en justificar su adecuación, estimando que esta es la única herramienta apta para la consecución de aquel. El planteamiento expuesto pone de manifiesto una argumentación en clave eminentemente voluntarista, lo que puede ser susceptible de crítica de cara a afirmar la ausencia de una base sustancial y materialmente efectiva. No obstante, resulta imprescindible recordar, como ha puesto de manifiesto la Comisión de Venecia en el informe elaborado al hilo de la proposición de Ley de amnistía en España, que el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación a la hora de adoptar sus decisiones en este ámbito. Consecuentemente, su control jurisdiccional experimenta una drástica reducción, porque no corresponde al Tribunal Constitucional suplantar al representante de la voluntad popular en su natural tarea de traducir en leyes las opciones políticas mayoritarias sino, antes bien, garantizar que los márgenes de la Norma Suprema son respetados.

En la verificación de las concretas medidas aprobadas, esto es, en la específica articulación de la amnistía, ocupa un lugar central determinar si estas respetan la proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, el primer referente a

considerar nos sitúa ante el derecho fundamental de igualdad ante la ley, esto es, es preciso determinar si la exoneración completa de responsabilidad jurídica decidida con respecto a unas determinadas conductas llevadas a cabo en el contexto fáctico identificado (el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017) y en el plazo temporal acotado por el legislador (del 1 de noviembre de 2011 al 13 de noviembre de 2023) no generan una discriminación prohibida por el artículo 14 CE. Pero no solo se trata de la necesidad de respetar el referido derecho fundamental (vertiente subjetiva), dado que la amnistía requiere ser examinada también desde la perspectiva del respeto de algunos de los principios esenciales del Estado de Derecho. Se ha de acreditar que aquella no ha incurrido en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 CE, ni tampoco lesiona otro principio igualmente basililar recogido en el mismo precepto: la seguridad jurídica. Así definido el marco analítico, la primera tarea a desarrollar en sede de control de constitucionalidad es la de constatar si las medidas adoptadas son necesarias y aparecen basadas en criterios de razonabilidad. Como es sabido, esta labor de fiscalización se limita a una verificación externa, encaminada a determinar si la normativa producida mantiene una relación de correspondencia (conexión de sentido) con el presupuesto del que traen causa. En el desarrollo de esta actividad de contraste nuevamente emerge la idea del amplio margen de apreciación que asiste al legislador, de tal manera que la labor del Tribunal Constitucional se limita a constatar que no se produce un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable entre la acción propuesta y los efectos que la misma proyecta sobre los derechos afectados. O si se prefiere invertir la perspectiva analítica, el Tribunal limita la declaración de inconstitucionalidad a aquellos supuestos en los que se detecta que se ha incurrido en abuso y lesión flagrante de lo establecido por la Constitución, dando lugar a un trato discriminatorio en cuya base se halla una previsión arbitraria. Por su parte, el control relativo al respeto del principio de seguridad jurídica está llamado a verificar que los poderes públicos, y de modo señalado el legislador, ha cumplido con el deber de definir taxativa y claramente los supuestos de hecho objeto de regulación, así como las consecuencias que su infracción traen consigo. Debe ser así en aras del cumplimiento de las exigencias capitales configuradoras de tal principio: la previsibilidad y la determinación normativa (STC 273/1990, FJ 9).

Es en este terreno donde, en mi opinión, se constatan las dificultades más serias para avalar la constitucionalidad de la ley. En efecto, de la lectura de su artículo 1.1, dedicado a establecer el «ámbito objetivo», esto es, las conductas exoneradas de responsabilidad jurídica, se desprende la existencia de una actitud legislativa excesivamente amplia e indeterminada. La identificación de los supuestos a los que se aplica la amnistía adolece de la necesaria precisión, mostrando una configuración abierta y una vaguedad conceptual que suscita importantes reservas en relación con la seguridad jurídica. La profusa utilización de cláusulas abiertas a la hora de definir el ámbito objetivo de aplicación de la amnistía da lugar a la inclusión de determinadas conductas y actuaciones que no

muestran una relación directa e inmediata con el contexto fáctico cubierto por la amnistía, a saber, los actos preparatorios de las dos consultas independentistas, las condenas impuestas por el Tribunal Supremo tras la celebración de la convocada el 1 de octubre de 2017, así como la exigencia de responsabilidad jurídica por las reacciones posteriores generadas por aquéllas. El amplísimo abanico de actividades genéricamente identificadas incurre en un exceso obvio que proyecta sus efectos nocivos sobre la seguridad jurídica, abriendo la puerta a amnistiar actos cuya relación (conexión causal) con el sustrato fáctico acotado es muy dudosa, cuando no inexistente. Este modo legislativo de proceder va a generar importantes dudas aplicativas, puesto que los tribunales de justicia no cuentan con un elenco específico, tasado y concreto de actuaciones llamadas a ser amnistiadas. La apertura reseñada, pues, augura una conflictividad jurisdiccional considerable en donde la determinación del respeto del principio de proporcionalidad —y en última instancia, también del de arbitrariedad— se afirma como elemento clave.

Otro tanto cabe afirmar con respecto a las exclusiones introducidas en el texto de la ley (artículo 2), cuya pretensión obvia no es otra que reducir posibles espacios en los que la aplicación de sus previsiones pueda ser puesta en cuestión por parte del poder judicial. En este sentido, la tramitación de la ley ha sido muy elocuente, puesto que el listado de exclusiones iba creciendo a medida que se iban produciendo sucesivas actuaciones jurisdiccionales. El caso más claro viene de la mano de la reactivación de la causa seguida en la Audiencia Nacional contra Tsunami Democratic, en la que se ha incluido al expresidente Puigdemont, imputándole la comisión de un delito de terrorismo. Ha sido esta decisión adoptada por el juez García Castellón la que está en la base de la inclusión de dicho delito en el texto de la ley. Una decisión legislativa que dio lugar a importantes críticas y que condujo a la necesidad de matizar qué concretas actuaciones relacionadas con la actividad terrorista no serán susceptibles de ser amnistiadas. Los esfuerzos realizados, situando en primer término las pretendidas exigencias derivadas de la normativa europea en materia de terrorismo (ya incorporadas a nuestro Código Penal tras la correspondiente implementación de la directiva en cuestión), sin embargo, no resultan suficientes para neutralizar las dudas de constitucionalidad que, desde la perspectiva de la seguridad jurídica y el principio de taxatividad penal, trae aparejada esta decisión legislativa. Tampoco, para despejar las incógnitas relativas a su adecuación a las exigencias europeas. A una conclusión similar se llega por lo que respecta a los delitos de malversación, en cuyo caso, se dejan al margen aquellos que, aunque no hubieran generado enriquecimiento personal, hubieran lesionado los intereses financieros de la Unión Europea. Este aspecto concreto y el anteriormente aludido (terrorismo), serán objeto de atención específica en la siguiente respuesta.

Por su parte, el tratamiento del ámbito temporal es otro de los contenidos legales que generan importantes incógnitas desde la perspectiva de la proporcionalidad. El hecho a resaltar es que es excesivamente amplio, como ya indicó la

Comisión de Venecia, recomendando su limitación. Sin embargo, lejos de seguir tal pauta reductiva, en el texto definitivo de la LO 1/2024 dicho lapso temporal se ha ampliado ulteriormente (la fecha de inicio pasa de ser el 1 de enero de 2012, según contemplaba la proposición originaria, al 1 de noviembre de 2011), sin que se acompañe de una debida justificación.

Al hilo de lo expuesto, cabe concluir que el modo de proceder del legislador en relación con las cuestiones referidas muestra importantes déficits de adecuación a diversas exigencias constitucionales, al poner de manifiesto una regulación que incorpora significativos espacios en los que la proporcionalidad no es respetada y en los que la quiebra del principio de igualdad ante la ley no cuenta con la necesaria justificación que permite no solo neutralizar tratos discriminatorios constitucionalmente vetados sino también y al mismo tiempo, esquivar la arbitrariedad. Asimismo, la falta de rigor en la definición de las conductas cubiertas por la amnistía muestra otro importante flanco de debilidad que apunta directamente a la constitucionalidad de la operación legislativa, cuestionando muy seriamente una vez más el principio de seguridad jurídica.

ALICIA GIL GIL

La Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (en adelante LOA), adolece de defectos graves desde su forma de tramitación hasta su contenido y su Preámbulo. El primer déficit radica, como ya se ha dicho, en utilizar para una ley tan importante la proposición de ley, en una tramitación con prisas que no permitió ni recabar los informes, ni concitar los amplios consensos, ni políticos ni sociales (la mayoría de la población estaba en contra según diversas encuestas) necesarios para una medida de este calado. No insistiré más en esto, que ya destacó en su informe la Comisión de Venecia, salvo para poner el foco en que la urgencia nada tenía que ver con la supuesta finalidad reconciliatoria de la norma, sino con obtener los votos necesarios para una investidura, que públicamente se habían condicionado precisamente a la garantía de impunidad. Este proceder apresurado hace dudar de sus verdaderas motivaciones y pone en duda su legitimidad.

También llama poderosamente la atención el «relato» que el legislador ha elegido para explicar el contexto en el que se promulga esta ley. Con independencia de que efectivamente la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de autonomía catalán (STC 31/2010, de 28 de junio) generara malestar en una amplia parte de la sociedad catalana, situarlo como «precedente» y explicación del posterior proceso independentista parece una incorrecta simplificación de los motivos (que incluirían, entre otros, la no consecución de un pacto fiscal en 2012, hacer frente al descontento popular por la crisis económica y la corrupción, etc.) que llevaron a los políticos catalanes a una poco pensada huida hacia adelante, de la que luego no pudieron escapar sin ser tachados de traidores (García). Pero,

además, llama la atención este relato porque no parece un proceder leal con el Tribunal Constitucional. Como tampoco parece muy leal con el Poder Judicial afirmar que fue la «tensión institucional» la que «dio lugar a la intervención de la Justicia» o que son las consecuencias penales las que reavivan la desafección de la sociedad (así lo denuncia también el TS en su cuestión de inconstitucionalidad). Ya decía con mayor prudencia y acierto la Ley de Indulto de 1870 en su Exposición de Motivos que «Es altamente necesario que el indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, y sin el cual se haría imposible su misión social». Con mayor motivo aún la amnistía.

Enlazamos, con ello, con el mayor déficit de la LOA: su falta de motivación en un interés general superior. Por mucho que lo reitere en el Preámbulo, el legislador no logra convencer de que la finalidad de la ley sea acabar con la desafección de una parte sustancial de la sociedad catalana y conseguir, mediante la renuncia al ejercicio del *ius puniendi*, la convivencia democrática; o, en una frase más grandilocuente: «garantizar la convivencia dentro del Estado de Derecho, y generar un contexto social, político e institucional que fomente la estabilidad económica y el progreso cultural y social tanto de Cataluña como del conjunto de España, sirviendo al mismo tiempo de base para la superación de un conflicto político».

Aun reconociendo que en el pasado ha faltado diálogo entre el gobierno central y el autonómico, por culpa de ambas partes, que las cosas podían haberse hecho mejor a nivel político e incluso que la estricta aplicación de la ley llevó a penas excesivas para los líderes del *procés* (lo que ya fue resuelto mediante el indulto), la falta de voluntad de convivencia democrática ha sido manifestada desde los inicios de aquella negociación de investidura por amnistía, realizada bajo la jactancia del «*ho tornarem a fer*», y viene demostrada por el secuestro constante del Parlamento nacional al que asistimos, y que no es sino la crónica de una extorsión anunciada. Y es que la ley no solo contempla una amnistía absoluta e incondicionada (cosa que ya no se lleva nada en el panorama internacional) sino que se concede a pesar de la insistencia de los amnistiados en negar la legitimidad de las instituciones y de las leyes españolas (de hecho, la Mesa del Parlament catalán admitió a trámite el 20 de febrero de 2024 una iniciativa legislativa popular sobre la declaración de la independencia de Cataluña, cuya tramitación tuvo que ser suspendida, de nuevo, por el TC). Esto cuestiona gravemente la veracidad de las supuestas intenciones de la ley.

La LOA y los problemas y polémicas que su aplicación está generando, no solo no ha logrado devolver el apego a las instituciones nacionales de los catalanes desafectos, sino que ha generado un amplio malestar en una mayoría de los españoles. Las desavenencias entre el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial sobre cómo debe aplicarse debilitan además notablemente la confianza de los ciudadanos en las instituciones.

Tampoco convence el preámbulo cuando insiste en que la ley no infringe el principio de igualdad. Se agarra para ello el texto al argumento de que «el principio de igualdad no implica la necesidad de dar un alcance universal a los efectos de la amnistía, sino a que no existan discriminaciones entre personas que se encuentren comprendidas en el supuesto habilitante de la norma (en este caso, los actos determinantes de distintos tipos de responsabilidad en relación con el proceso independentista). Y ello porque, como ha dejado claro el máximo intérprete de la Constitución, el principio de igualdad debe aplicarse cuando exista «identidad sustancial de las situaciones jurídicas», sin que se pueda «trabar comparación [...] entre situaciones jurídicas que en origen no han sido equiparadas por las propias normas que las crean» (sentencia 194/1999, de 25 de octubre), atendiendo para ello al principio de justificación y razonabilidad (sentencias 62/1982, de 15 de octubre; 112/1996, de 24 de junio; 102/1999, de 31 de mayo)». Sin embargo, de lo que aquí se trata es de la igualdad en la aplicación de la ley penal. Lo explica claramente el TS en su cuestión de inconstitucionalidad. Si el supuesto de la aplicación de una sanción penal es la comisión de un delito sin la concurrencia de las eximentes previstas también con carácter general en la ley, lo que hay que explicar es qué motivos justifican que a igual comportamiento no siga la misma consecuencia. Una ley de amnistía que comprendiera los delitos cometidos con la intención de restaurar el Califato, o con la de conseguir la independencia del País Vasco, podrían también sin duda diseñarse sin generar discriminaciones entre las personas que se encuentren comprendidas en el supuesto habilitante, pero esto no salvaría que la discriminación existiera respecto precisamente de las personas no elegidas en ese supuesto. De tal manera que, dado que la amnistía siempre va a suponer una desigualdad respecto del resto de sujetos que siguen sometidos al Código penal, lo que se necesita es, precisamente, una justificación objetiva de tal trato desigual que radique en la consecución de un interés general preponderante. Y aquí es donde no convence el legislador cuando intenta hacer pasar la finalidad de conseguir los votos para la investidura por la de «garantizar la convivencia» y «superar el conflicto político».

Y es que, como también reconoce el preámbulo, el contexto jurídico y político no tiene nada que ver con el de 1977. Los políticos catalanes gozaban de un marco en el que perfectamente podían acudir a las vías legalmente previstas para encauzar sus pretensiones. Fue precisamente la incapacidad de alcanzar sus objetivos por dichas vías legales lo que los llevó a optar por las delictivas. Pero ni ha cambiado el marco constitucional y jurídico en relación con el vigente en septiembre-octubre de 2017, ni las intenciones de los independentistas. Pretender, por tanto, que el mero perdón del delito va a traerlos a un marco jurídico que ya despreciaron por no permitirles alcanzar sus fines, sencillamente no tendría ninguna lógica (máxime cuando se reconoce que «ya se han superado los momentos más acusados de la crisis...»). Por ello, las leyes de amnistía, además de ser condicionadas a la prestación de una serie de obligaciones por parte de los amnistiados, suelen ir acompañados de reformas

legislativas que permiten su integración en el sistema a partir de una «tabla rasa» (se entendería así, por ejemplo, una medida de esta naturaleza si España estuviera realmente transitando hacia un modelo federal o confederal, etc.). Dado que no es el caso que se tenga que integrar a nadie, ni que se haya diseñado un nuevo marco jurídico sobre otro considerado caduco (no se cuenta con consensos suficientes para que tal cosa esté siquiera en la agenda política), no se ve que exista realmente la finalidad que se expresa. Y, como señala en su informe el CGPJ, cuando no existe una justificación racional para la selección de la situación jurídica que se usa como parámetro diferenciador y supuesto habilitante, se incurre en arbitrariedad y discriminación.

Llega a la misma conclusión el TS en su cuestión de inconstitucionalidad. Afirma que, a falta de un fundamento transicional, la LOA debe clasificarse en la categoría de amnistías de mero carácter gracioso, que enlazan con su origen absolutista y que son muy cuestionadas. Sin querer tachar a la categoría entera de inconstitucional (pues puede servir para fines de naturaleza muy diversa como el aligeramiento de la población penitenciaria, situaciones de naturaleza extraordinaria como grandes catástrofes en cuyo contexto se produjeron los delitos perdonados, o incluso lograr la plataforma política y social necesaria para fomentar el diálogo tras un golpe de Estado fallido), recuerda que incluso estas deben justificar la selección de su supuesto de hecho de manera que no se infrinja el principio de igualdad, lo que en su opinión no sucede cuando los seleccionados lo son por su ideología y concluye que no puede atisbarse en el presente caso la existencia de un fin discernible y legítimo; articulado en términos no inconsistentes con su finalidad; y proporcional a los objetivos que persigue. Al contrario, afirma que la ley se articula en términos claramente inconsistentes con la finalidad que se afirma perseguir, para empezar porque no se exige ningún compromiso con la legalidad y se concede a pesar de que los beneficiarios manifiestan que lo volverán a hacer.

En mi opinión, en contra de las pretensiones grandilocuentes del preámbulo, la justicia y la igualdad no son la finalidad de una ley de amnistía, salvo en aquellos casos en que se hace frente a un derecho injusto, propio de un pasado dictatorial, como sucedió en cierta medida con la amnistía del 77 (SSTC 63/1983, de 20 de julio, 147/1986, de 25 de noviembre). En una democracia, la amnistía no es imposible, pero sabiendo que con ella se sacrifican la justicia y la igualdad en aras de la mejor protección de los propios bienes jurídicos, o de la consecución de un interés general superior, lo que en este caso no se ve.

Aparte de lo dicho, luego el propio contenido de la Ley presenta muchos defectos en los que no nos podemos detener. Pero, por citar solo algunos, a pesar de la farragosa y repetitiva redacción, en la que unos supuestos se superponen a otros, quedan indeterminados los delitos amnistiables, puesto que se definen no por su tipicidad, ni siquiera en todos los casos por su finalidad, sino por cometerse en el «marco» de las consultas ilegales, o en el «contexto» del proceso independentista, o incluso ser actos «materialmente conexos» con los anteriores. Ni

siquiera el marco temporal está claro, al incluirse, contra toda lógica, delitos cuya ejecución termine después de promulgada la ley, con tal de que hubiese empezado antes (art. 1.3). Todo ello ha llevado al CGPJ a señalar la inseguridad jurídica que comporta y las dificultades de aplicación práctica que conllevará.

Por otro lado, necesitan amplia explicación las múltiples excepciones incluidas en el art. 2, que parecen estar más pensadas en hacer un traje a medida evitando la fiscalización de Europa que en buscar una solución general a un problema real. Así, llama la atención que las excepciones no estén nombradas conforme a la calificación penal que reciben en nuestro ordenamiento, lo cual sería lo lógico, sino como las denomina la jurisprudencia o los convenios internacionales que obligan a su persecución y castigo (y por tanto, en principio, impedirían su amnistía). Sucede esto, por ejemplo, con la excepción a los «actos tipificados como delitos de torturas o de tratos inhumanos o degradantes con arreglo al artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a excepción de aquellos tratos que no superen un umbral mínimo de gravedad», lo que supone una gran complicación. Los tribunales tendrán que analizar los hechos denunciados y realizar con ellos una doble subsunción, para comprobar que encajan en alguno de los tipos penales de nuestro código penal y a la vez en las definiciones que la jurisprudencia europea da a las conductas violatorias del art. 3 del citado Convenio. Y ello porque la definición de estas prohibiciones en la jurisprudencia del TEDH no concuerda con los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes de nuestro CP (para empezar en el derecho europeo uno y otro concepto se diferencian por la gravedad, mientras que en el CP lo hacen por las finalidades, inexistentes en la definición europea, que tampoco exige que en la tortura el autor sea funcionario) —ni tampoco con la definición de la Convención contra la tortura, por cierto—; no han sido pocas las veces que calificaciones nacionales distintas, como por ejemplo de homicidio imprudente, por no encajar los hechos en su definición nacional de tortura, han sido tildadas como tales, en cambio, por el TEDH, que ha adoptado un concepto cada vez más expansivo, en una jurisprudencia, por otra parte, no siempre clara (Maculán). Tampoco se entiende la excepción a la excepción, dado que los actos que no resulten «idóneos para humillar o degradar», no son actos degradantes. Pareciera que el legislador reconoce que en los delitos contra la integridad moral de nuestro Código penal ha introducido conductas típicas que no alcanzan el umbral de gravedad exigido por la jurisprudencia europea. Pero, por otra parte, desconoce que, esa misma jurisprudencia ha afirmado que cualquier uso de la fuerza física por parte de los agentes del orden contra un individuo, cuando no sea estrictamente necesario debido a su conducta, cualquiera que sea el impacto sobre la persona en cuestión, constituye una infracción del art 3 (TEDH, Bouyid v. Bélgica, 28 sept. 2015). Y también olvida el legislador que el TEDH exige la investigación eficaz y la obtención de pruebas para poder determinar si la actuación era proporcional o no, constatación de la que dependerá la superación del umbral mínimo de gravedad (STEDH, 7 marzo 2017, V.K c. Rusia). Por tanto,

esta regulación puede causar numerosos problemas y no cierra la puerta a posibles reclamaciones ante el TEDH.

Lo mismo sucede con la referencia, dentro de los delitos de terrorismo, a la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, en lugar de al CP, donde su regulación, precisamente por las finalidades terroristas previstas, es más amplia. Esta decisión del legislador obligará de nuevo a una doble subsunción muy compleja. Pero, además, hay otro concepto adicional por el que se definen los actos de terrorismo amnistiables que añade todavía mayor dificultad. Así, no solo se amnistían los delitos de terrorismo que respondan al concepto ampliado del CP español pero no se encuadren en la Directiva, sin que sepamos el motivo jurídico para ello (si se debiera a que el legislador, —¡con razón!—, encontrara excesiva la regulación española, debería derogarla con carácter general), sino que se amnistían también los de la propia Directiva siempre que no «hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos», (¡triple subsunción a realizar por el juez o tribunal!), lo que incluiría como amnistiables la mera integración, dirección o colaboración con organización terrorista, pero también los daños, estragos, tenencia de armas y explosivos, delitos informáticos con fines terroristas, etc., o incluso los delitos de terrorismo que hubieran causado la muerte u otros resultados de lesión de derechos humanos pero de manera no intencionada (imprudentemente —o incluso con dolo eventual, si se interpreta de manera restrictiva el término intención, como hace en su informe el CGPJ—) o incluso los que se hubieran quedado en grado de tentativa, si, como parece, la exigencia «hayan causado» se refiere a la efectiva producción de un resultado. Esta limitación parece ya infringir las obligaciones impuestas por el art. 15 de la Directiva 541/2017/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017.

Esta excepción por la que solo quedan fuera de la amnistía los delitos de terrorismo que a su vez hayan «causado» intencionadamente «graves violaciones de derechos humanos», proviene de nuevo de las obligaciones de investigación y persecución establecidas por el TEDH y otros órganos de protección de los derechos humanos, pero incluye una terminología que, aunque clásica en dicho ámbito, es ajena al Derecho penal, y goza de una enorme indeterminación (Pastor, Maculan). El legislador parece, además, por la apostilla que sigue, querer limitarlas a los atentados dolosos contra el derecho a la vida y la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, pero tal concepto tampoco coincide con los establecido por la jurisprudencia de los órganos de DDHH, que por otro lado van ampliando el concepto, sin que se sepa a ciencia cierta qué categorías delictivas implican esa obligación de investigar y perseguir y cuál es el motivo o la fuente de tal obligación (Malarino). Toda esta incertidumbre se recoge ahora en la LOA y se le traslada al juez español.

Los delitos de terrorismo finalmente amnistiables más bien parecen querer blindar a determinados sujetos concretos de posibles acusaciones de integración en organización terrorista o de desórdenes públicos graves y estragos —otra cosa es si

calificar estas conductas como terrorismo resulta acertado o no, personalmente creo que no es acertado, pero estimo que incluso en esto no podemos culpar en exclusiva a un juez con mayor o menor empeño, sino a nuestros políticos, que en 2015 y en un «Pacto de Estado» aprobaron una legislación antiterrorista desmesurada, cuyo peligro de expansión ya denunció profusamente en la época la doctrina—. Si se quiere enmendar aquel exceso es el legislador el que debería corregir con carácter general el Código penal. Lo que pretende la LOA, en cambio, puede, por un lado, infringir la normativa europea, y por otro provocar unas desigualdades inexplicables en relación con la legislación española vigente, que solo serían solucionables con una interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia, en contra, por cierto, de su tendencia habitual hasta el momento (Gil Gil).

La inclusión de los delitos de terrorismo en la LOA pone de manifiesto, además, la discriminación que supone esta ley, y su ausencia de fundamento, al observarse cómo se han tratado hechos muy similares a los aquí amnistiados realizados en otros contextos (por ejemplo quema de cajeros por lanzamiento de cócteles molotov, realizados no en el marco del proceso independentista catalán, sino en el de la *kale borroka* del país vasco STS 20/05/2015; depósito de elementos para la confección de aparatos explosivos e incendiarios en el mismo contexto —algunas de las penas aún se están cumpliendo— STS 16/05/2023). No cabe duda de que esta deriva de nuestra legislación y nuestra jurisprudencia hacia una permanente expansión del delito de terrorismo más allá de los delitos de la «banda armada», e incluso sin esta, es preocupante. Pero no puede decirse que sea desconocida, ni imprevisible.

Tampoco encuentra justificación posible que el legislador considere amnistiables los delitos cometidos por motivos discriminatorios basados en la ideología o la nación, mientras declara inamnistiables los cometidos por cualquier otro motivo discriminatorio, siendo todos ellos equivalentes a la hora de establecer la circunstancia agravante del art. 22.3 CP o como delito de odio en el 510 CP (Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio). De esta manera, los delitos cometidos por ser la víctima, por ejemplo, de ideología no independentista, podrán amnistiarse, frente a aquellos en que la víctima ha sido discriminada por cualquier otro motivo. La selección choca con las propias decisiones del legislador español de ampliar la protección antidiscriminatoria, y parece, por tanto, a la vista de nuestra legislación y de la falta de explicación, discriminatoria. Máxime cuando los delitos por motivos discriminatorios basados en la ideología se amnistían solo si se han realizado en favor del *procés* (marco general de toda la amnistía), pero no si han sido en contra. Además, es dudoso que esta selección de fines discriminatorios cumpla con las obligaciones establecidas en el Protocolo número 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos (que incluye, entre otras, razones de opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, nacimiento o cualquier otra situación).

Llama la atención también que se amnistíen los delitos económicos, salvo que afecten a intereses de la Unión Europea, lo que de nuevo responde al intento

de evitar una fiscalización externa, esta vez por infracción de la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal; o que para dejar fuera de la amnistía los delitos contra la independencia del Estado y la defensa nacional se exija «tanto una amenaza efectiva y real como un uso efectivo de la fuerza en contra de la integridad territorial o la independencia política de España», cuando ninguno de esos delitos lo exige en su tipificación actual en el CP, con lo que en realidad todos quedan amnistiados.

La cláusula g) pretende cumplir con las exigencias del Derecho penal internacional, al excluir de la amnistía los crímenes internacionales, pero precisamente aquí, donde era necesaria una referencia a la regulación internacional, el legislador no la hace, pudiendo quedar comprendidos en la amnistía crímenes internacionales que no están recogidos en el Título XXIV del Libro II del Código Penal. Afortunadamente en el contexto al que la amnistía se aplica no se ha cometido ninguno de estos delitos, por lo que la omisión resultará irrelevante en la práctica.

En definitiva, poca relación parece tener que ver lo que se deja dentro o fuera con un supuesto interés general superior, sino más bien con conseguir o aparentar una huida de la fiscalización internacional. Pero nunca hay que olvidar los peligros de legislar con urgencia y para un caso concreto, pues tal proceder suele comportar la tacha de desigualdad, los reclamos de ampliación y serias dificultades en la aplicación práctica (por las que, además, con frecuencia, como estamos viendo, el ámbito político suele arremeter contra el poder judicial, en actitudes poco responsables).

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Si no fuéramos observadores atentos de lo sucedido en España en los últimos años, y no conociéramos el contexto en que se ha elaborado la Ley orgánica de amnistía de 2024, la lectura de su preámbulo nos llevaría a concluir que estábamos ante una ley que tiene motivos y finalidades muy loables; esas que deben perseguir los gobernantes cuando ejercen la potestad legislativa, y que suelen figurar en el frontispicio de las constituciones más relevantes de nuestra historia. La Constitución de Cádiz de 1812 dice en su preámbulo que su finalidad es la de: «Llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación». La Constitución de 1869 tenía por finalidad: «afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer el bien de cuantos vivan en España». Y la Constitución de 1978 superó a todas las anteriores mediante un preámbulo que rompía radicalmente con la dictadura y proclamaba solemnemente algunos principios que deben tenerse en cuenta por los poderes públicos y especialmente por las Cortes Generales que representan al pueblo soberano. El preámbulo de la Constitución española de 1978 dice así:

«La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.

Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y

Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

El preámbulo de la Ley orgánica de amnistía que analizamos, en su segundo párrafo, dice que la misma: *«persigue la consecución de un interés general, como puede ser la necesidad de superar y encauzar conflictos políticos y sociales arraigados, en la búsqueda de la mejora de la convivencia y la cohesión social, así como de una integración de las diversas sensibilidades políticas»*. Ideas estas que se reiteran con matices a lo largo del preámbulo de la Ley de amnistía y que podrían considerarse compatibles con el texto del Preámbulo y con el artículo primero, ambos de la Constitución española.

Pero sucede que conocemos el contexto en que se ha producido la Ley orgánica de amnistía, por lo que practicaremos aquí la doctrina del *levantamiento del velo* que, aunque ha sido utilizada fundamentalmente en derecho de sociedades, no debe ser ajena al Derecho público. Y si levantamos el velo, e indagamos las motivaciones y finalidad verdaderas de la Ley orgánica de amnistía, a través de hechos incontrovertibles, difícilmente se puede concluir que los motivos y finalidades que figuran en el preámbulo de la Ley de amnistía se correspondan con los motivos y finalidad reales de dicha ley orgánica.

El presidente del Gobierno, ministros y otros miembros relevantes del PSOE manifestaron con reiteración, antes de las elecciones generales celebradas el 23 de julio de 2023, que la amnistía era inconstitucional y que no la iban a conceder a los independentistas del *procés*. Estas manifestaciones gubernamentales se oponen frontalmente al contenido del preámbulo de la ley orgánica de amnistía. Antes del 23 de julio de 2013 el presidente del Gobierno y sus ministros consideraban bien juzgados a los independentistas, y que Puigdemont y los demás implicados en el *procés* debían ser juzgados por las conductas delictivas que habían protagonizado. Es bien conocido y demostrado que este cambio copernicano del presidente del Gobierno y de sus ministros se debe a las exigencias de los independentistas catalanes.

La asunción por el presidente del Gobierno de las tesis de los independentistas se ha pretendido justificar responsabilizando al partido popular de la existencia del que los independentistas denominan «conflicto». Éste tendría su origen

en el recurso de inconstitucionalidad que permitió al Tribunal Constitucional la declaración en 2010 de inconstitucionalidad de una frase de su preámbulo y de algunos pocos preceptos del Estatuto de Cataluña. Y no menos responsabilidad se atribuye por Pedro Sánchez al PP por la aplicación del artículo 155 de la Constitución, pese a que el PSOE en la oposición apoyó la aplicación de dicho artículo con el voto favorable de los senadores socialistas. Sin embargo, por mucho que pueda manipularse la historia, lo sucedido en Cataluña entre 2012 y 2017 fue una sucesión de graves vulneraciones por las instituciones de la Comunidad Autónoma catalana (que son instituciones del Estado español), del propio Estatuto de Autonomía, de la Constitución y de las resoluciones de los jueces y tribunales (un ejemplo claro de *Estado contra el Estado*). Este panorama en que se aprecian notables contradicciones en las posiciones del PSOE se aclaró el día siguiente al 23 de julio de 2023, fecha en que se celebraron las elecciones generales convocadas por Pedro Sánchez, antes de la finalización ordinaria de la legislatura, en que el PSOE obtuvo menos votos y escaños que el PP en el Congreso de los Diputados y en el Senado.

En efecto, la noche del 23 de julio de 2023 Pedro Sánchez comprobó que había perdido las elecciones generales y decidió seguir gobernando a toda costa. Y para gobernar necesitaba superar los votos de los 171 diputados que sumaban el PP, UPN y Vox, y que para ello tenía que contar con el resto de los votos de los diputados, populistas e independentistas, para alcanzar 178 escaños (el voto de CC se sumó finalmente a los 177). Y decidió de inmediato que, para conseguir los votos de los independentistas catalanes, tenía que ceder a sus reivindicaciones, entre ellas la de conceder una amplia amnistía a los prófugos, condenados, procesados o investigados relacionados con el *procés*. La compra de votos por privilegios ha sido una constante en los años de gobierno de Pedro Sánchez, siendo sus hitos los indultos a los independentistas la supresión del delito de sedición y atenuación del delito de malversación.

Pedro Sánchez y los suyos pretendieron confundir a los españoles en su conjunto construyendo un espeso velo que evitara ver los auténticos motivos y finalidad de la amnistía; discurso que se ha prolongado e incrementado hasta nuestros días hasta convencer a muchos ciudadanos españoles. Pero, no hay modo de ocultar, por muy opaco que sea el velo, las motivaciones y la finalidad de la amnistía. El acuerdo entre Pedro Sánchez y Junts puede calificarse de *amnistía-compraventa* de los votos parlamentarios de Junts por Pedro Sánchez, para permanecer en la Moncloa, a cambio de la concesión de una amnistía a los implicados en el *procés*. También se puede calificar la amnistía concedida como *auto amnistía* de Puigdemont y los suyos, pues fueron los autores principales de la misma. Y puede también calificarse la amnistía concedida de *amnistía claudicación* de los diputados socialistas del Congreso de los Diputados que, conocedores del origen y finalidad de la amnistía, han incumplido con sus obligaciones de cumplir la Constitución. Lo que han tramado Pedro Sánchez y Puigdemont, con la ayuda de los diputados socialistas y otros diputados del Congreso, se puede describir como hizo J. Locke hace ya algunos

siglos: *«Otro mal más secreto, pero más peligroso para el Estado, existe cuando los hombres se atribuyen a sí mismos y a los de su propia secta alguna prerrogativa peculiar, encubierta con palabras especiosas y engañosas, pero, en realidad opuesta a los derechos civiles de la comunidad. Por ejemplo, no encontraremos ninguna secta que enseñe expresa y abiertamente que los hombres no están obligados a cumplir sus promesas... Tales afirmaciones, propuestas así, desnuda y claramente pronto atraerán sobre ellos el ojo y la mano del magistrado, y despertarían la vigilancia del Estado para evitar la propagación de tan peligroso mal.»* Más contundente, si cabe, fue Paulo al escribir: *«Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumverit».*

La construcción del discurso de Pedro Sánchez que se ha volcado en el preámbulo de la Ley de amnistía falta a la verdad más elemental: es un trampantojo jurídico. Sin embargo, parece que ha sido comprado por muchos: por los diputados del PSOE y demás partidos políticos que apoyan con sus votos a Pedro Sánchez, por numerosos militantes del PSOE y de los partidos independentistas y populistas y por ciudadanos anónimos que, aunque no se manifiestan en las calles, coinciden con el argumentario del presidente del Gobierno que diría que «había que hacer de la necesidad virtud», para justificar las verdaderas razones que explican el cambio radical de pasar de manifestar que la amnistía es inconstitucional a elaborar con los independentistas una ley de amnistía. Un líder autonómico del PSOE, presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, replicó de inmediato las manifestaciones de Pedro Sánchez, sin citarlo expresamente, diciendo que en el cambio de criterio había mucho de necesidad y poco de virtud. A lo largo de la tramitación de la Ley de amnistía Pedro Sánchez ha utilizado otros argumentos para justificar la amnistía acordada con Junts y ERC: como el de que tiene por finalidad impedir que gobierne PP y Vox; que la amnistía posibilita un gobierno de progreso, y otras variantes de estas justificaciones.

La Ley orgánica de amnistía omite la imposición de condición alguna a los que se benefician de ella. Los redactores de la misma, que coinciden con algunos de sus beneficiarios, no podían aceptar condición alguna porque sostienen reiteradamente: que no cometieron delito alguno y que volverán a incurrir en las conductas delictivas que niegan sean delictivas. Y lo cierto es que pueden expresarse en este sentido porque suprimido el delito de sedición por el PSOE y sus aliados, desarmado el Estado para perseguir ese tipo de conductas, los independentistas podrían volver a repetir la vulneración de la Constitución sin incurrir en delito alguno: es «la política» dicen tanto los líderes del PSOE como los independentistas catalanes y vascos para los que la política es un espacio de impunidad.

La ausencia de condicionalidad es una prueba irrefutable de que los independentistas ni han vuelto ni piensan volver a la senda constitucional, salvo en la medida en que favorezca sus pretensiones. Así, por ejemplo, ahora con un Gobierno débil pretenden que se convoque un referéndum de autodeterminación de acuerdo con el artículo 92 de la Constitución, e incluso que se produzca una transferencia al Parlamento catalán de la potestad para convocarlo: referéndum en que, según los independentistas, solo deben participar los ciudadanos españoles

empadronados en los ayuntamientos de las cuatro provincias catalanas. Algunos comentaristas confunden la lealtad constitucional, virtud que nunca han practicado los independentistas, con sus continuas artimañas legales.

Hemos levantado el velo de acuerdo con el principio espiritualista que rige el Derecho español que considera que la naturaleza de las leyes, instituciones o contratos no es la que dicen ser, sino la que es en realidad. El levantamiento del velo permite sostener que estamos ante un caso de utilización de una modalidad de ley, legal y legítima, para una finalidad ilegítima.

El poder legislativo en un sistema constitucional, en un Estado Democrático de Derecho, no puede ejercerse para fines diferentes a los previstos en la Constitución, o para contravenir los valores, principios y preceptos constitucionales. Y la venta de los votos parlamentarios de Junts a Pedro Sánchez a cambio de que los independentistas (condenados, prófugos, procesados e investigados) obtengan una amnistía, no se funda en ningún precepto ni en ningún valor o principio constitucionales, e incurre en arbitrariedad cuya interdicción está garantizada por la Constitución en su artículo 9.3.

De análisis del contexto que antes he analizado se deduce la vulneración por el presidente del Gobierno y por la mayoría parlamentaria que lo sustenta del apartado 1 del artículo 9 de la Constitución: «*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*». Y no cabe duda de que la mera interlocución entre el presidente del Gobierno, directamente o mediante intermediario, con un prófugo de la Justicia supone el más absoluto desprecio al ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con la Constitución y las leyes: leyes, como el Código penal, que tienen su origen en proyectos del Gobierno y que son aprobadas por las Cortes Generales.

Mientras que el Tribunal Supremo, de acuerdo con las leyes estaba tratando de juzgar a un prófugo de la Justicia, el Gobierno de la Nación estaba pactando con dicho prófugo para su conveniencia particular, situándolo en el escalón más alto de la dignidad política como interlocutor principal del presidente del Gobierno y de la mayoría parlamentaria que lo respalda, amnistiándolo y asumiendo su argumentario, que incluye entre otros disparates-delictivos la calificación del Tribunal Supremo de nido de prevaricadores. El Gobierno y la mayoría parlamentaria que lo sustenta en vez de considerarse vinculados a la Constitución y a las leyes se han convertido en *prófugos del Estado de Derecho*. Una parte del Estado (Gobierno y mayoría parlamentaria del Congreso) se ha posicionado en contra de otra parte del Estado (los jueces): *el Estado contra el Estado*. Solo que esta última parte del Estado, los jueces, están cumpliendo la Constitución y las leyes, mientras que el Gobierno y la mayoría parlamentaria que lo sustenta vulneran groseramente la Constitución y las leyes. Esta conducta del presidente del Gobierno y de la mayoría parlamentaria que lo sustenta no tiene precedente ni en la historia de España ni en la historia de Europa.

Pudiera haberse argumentado que, aunque el origen de la Ley orgánica de amnistía estuviera viciado, la tramitación parlamentaria podría haber sanado el

vicio originario: asumiendo el Congreso de los Diputados la exposición de motivos de la proposición de ley, sus causas y finalidad, que sanaría las deficiencias originarias, al ser aprobada por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados tras ser devuelta por el Senado. Es decir, la amnistía a su paso por el Congreso habría mutado. Pero tal mutación no se ha producido porque el Grupo parlamentario del PSOE en el Congreso no ha elaborado la proposición de ley orgánica de amnistía, ni las enmiendas introducidas a lo largo de su tramitación. Al contrario, a lo largo de la tramitación de la proposición de ley de amnistía el prófugo Puigdemont ha evidenciado que era él el que decidía su contenido, por encima de lo que pudiera pensar el presidente del Gobierno, sus ministros o sus diputados. Los que han votado favorablemente la proposición de ley orgánica de amnistía no han hecho sino obedecer los dictados de un prófugo de la justicia. La imposible mutación de la proposición de ley orgánica de amnistía ha sido asumida implícitamente por el informe de la Comisión de Venecia, que ha hecho oídos sordos y ojos ciegos a la causa y finalidad de la proposición de ley orgánica de amnistía. Y no sería extraño que fuera la posición que podrían adoptar algunos de los jueces encargados de aplicar la ley de amnistía. Y, probablemente, de manera implícita, esta mutación pudiera ser el fundamento implícito en que se base el Tribunal Constitucional para considerar que no se trata de una Ley orgánica de amnistía pactada por Pedro Sánchez y Puigdemont para satisfacer sus mutuos intereses sino una amnistía que, como ha llegado a decir en un arrebato eufórico el ministro de Justicia, será: «un ejemplo para el mundo». Pero la intervención permanente del ministro de Justicia y las manifestaciones y sucesivas enmiendas al texto de la proposición de ley impuestas por Puigdemont desvirtúan la pretensión de que se haya producido la mutación de la proposición de ley convertida en ley; al contrario los hechos vuelven a confirmar el carácter de amnistía-compraventa, de auto-amnistía y de amnistía-claudicación de los diputados socialistas y sus socios en el Congreso de los Diputados.

Cuando escribo estas líneas lo que había previsto en mi trabajo *La amnistía y el indulto en la encrucijada* (enero, 2024) se ha producido. La mayoría de los jueces están aplicando la amnistía sin plantearse si se trata de una ley compatible con los valores, principios y preceptos constitucionales o con los valores, principios y preceptos de los Tratados de la Unión Europea. El Fiscal General del Estado que debiera llamarse Fiscal General del Gobierno ha ordenado a los fiscales que sostengan ante los tribunales competentes la plena aplicabilidad de la Ley de amnistía. La colonización de poderes e instituciones por los partidos políticos es ya el problema más grave que aqueja a nuestro régimen político.

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

Ya he señalado que, en mi opinión, la amnistía no tiene encaje en la Constitución. Dicho esto, hay algunas cuestiones en la ley que me parecen censurables.

No me siento capaz de entrar a enjuiciar si la delimitación de los delitos objeto de amnistía está adecuadamente configurada desde el punto de vista del Derecho penal. Más allá de ello, me parece que en la exposición de motivos se hace un relato, en ocasiones, engañoso, en la medida en que hace afirmaciones dirigidas a aparentar la solidez de la admisibilidad de la constitucionalidad de la amnistía en España recurriendo a argumentos que no tienen que ver con ello o, en otras ocasiones, dando un significado del que carecen a distintas referencias, normativas o jurisprudenciales. En este sentido, creo que la exposición de motivos, en estos aspectos, es profundamente reprochable. Al presentar la normalidad de la amnistía en significativos países de nuestro entorno jurídico y en la historia española, oculta que, a diferencia de la española, las Constituciones de esos países —o la republicana de 1931— prevén expresamente la amnistía, junto a los indultos. La referencia a Alemania es equívoca, como ya he dicho. Con la misma pretensión, se hace referencia a la amnistía de 1977, cuando su aprobación anterior a la promulgación de la Constitución nada demuestra sobre la constitucionalidad de la amnistía una vez que ésta entró en vigor. Se olvida el hecho trascendental de que se aprobó en el contexto de un cambio de régimen, situación en la que nunca se ha discutido la legitimidad de una medida similar. Que la nueva Constitución no admita la amnistía no supone la inconstitucionalidad de aquella. Fue expresión del rechazo a determinados elementos del régimen anterior con ocasión de una refundación política (SSTC 76 y 147/1986). Incurre en inexactitud al invocar la argumentación contenida en la STC 147/1986, que se limita a enjuiciar una ley de 1984, que ampliaba algunos efectos de la amnistía de 1977. El TC la considera constitucional, precisamente, por no ser una nueva ley de amnistía. Solo en el sentido de ser una concreción de la de 1977 afirma el TC que el legislador no tenía «restricción constitucional directa» para determinar su alcance, como se cita en el preámbulo. Es incorrecto el significado que se atribuye a la referencia a la amnistía en el Derecho de la UE y en el Internacional y de sus efectos en nuestro Derecho. No se trata de convenios dirigidos a incorporar la amnistía a los sistemas jurídicos nacionales, por lo que solo indican que la amnistía tiene cabida en el derecho europeo e internacional en el caso de que la figura exista en el país correspondiente. Lo mismo ocurre con las referencias a la Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa (sobre la independencia judicial), a la Opinión de la Comisión de Venecia (sobre un proyecto de amnistía en Georgia) y a la Sentencia del TEDH *Marguš c. Croacia* (sobre la amnistía en relación con la guerra en Croacia), que se refieren, estrictamente, a la aceptabilidad y los límites de la amnistía en el ámbito internacional, lo que es irrelevante para demostrar la constitucionalidad de la amnistía en España. El legislador se ha hecho trampas a sí mismo para dar la apariencia de que su producto era intachable.

Dicho esto, hay que afirmar que, si la amnistía es constitucional, es un poder derogatorio absoluto, en los términos que establezca el legislador que la promulga. Lo que quiere decir que amnistiar la comisión de determinados delitos vinculados a las circunstancias que el legislador considera necesario amnistiar no

puede suponer un atentado al principio de igualdad respecto a otras personas que hayan cometido el mismo delito, pero desvinculado de las circunstancias que fundamentan la decisión de amnistiar. Por eso es tan importante precisar muy bien el vínculo entre comisión del delito y circunstancias de su comisión que delimitan la amnistía.

En este sentido, se está planteando el problema respecto a la aplicabilidad de la amnistía a los delitos de malversación que se cometieron durante el *procés* para hacer posible la realización de los actos que lo integraban. Así, la voluntad del legislador al determinar los delitos amnistiados —guste o no— es clara respecto al hecho de qué delitos de malversación se amnistían: cuando la utilización de caudales públicos estuvo dirigida a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas precisadas en relación con el *procés*. A la luz de esta delimitación de los delitos objeto de amnistía me llama la atención la posición del TS señalando que no son actos objeto de la amnistía, sobre la base de una construcción de lo que significa enriquecimiento realmente sorprendente. Hay que tener en cuenta que, en esta dirección, la Sala de lo Penal del TS ya inutilizó la reforma del delito de malversación realizada por la Ley Orgánica 14/2022, a través del ATS 1228/2023, de 13 de febrero, de la Sala 2ª. Dentro de los límites que establece el Derecho internacional, no hay delito que no pueda ser objeto de una amnistía, porque, si se admite en un sistema jurídico, es un poder derogatorio absoluto.

Finalmente, es llamativo de esta Ley de amnistía el marco en el que surge: la negociación para la investidura del presidente del Gobierno. En los países de nuestro entorno en los que se han aprobado amnistías más significativas, esas amnistías se enmarcan dentro de un proceso de negociación *directamente* dirigido a la finalización de un conflicto político o con la perspectiva del tiempo transcurrido desde que un conflicto concluyó. Ese elemento es el que legitima la amnistía. Es el caso, en Francia, de la amnistía a los miembros de la OAS (Acuerdo de Évian) o de las sucesivas amnistías aprobadas en Francia en relación con el conflicto por la autodeterminación de Nueva-Caledonia (1988 y 1990) tras los acuerdos de Ouvea y de Matignon; o es el caso, en el RU, de la reciente Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023, de amnistía sobre los hechos en Irlanda del Norte que, por otra parte, es objeto de una gran polémica. En la Ley de amnistía por los hechos del *procés* está ausente una legitimación similar.

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

En la discusión política y académica alrededor de la amnistía, tanto la arbitrariedad del legislador como la vulneración del artículo 14 CE han formado parte de las principales críticas dirigidas contra la proposición de ley socialista y, a la postre, contra la LOA. Por las razones que enunciaré telegráficamente en las líneas que siguen, no las comparto.

Dicho en pocas palabras, la arbitrariedad traería causa, se dice, de la razón última, auténtica, de la amnistía, que no sería otra, más allá de cuanto resulta del preámbulo de la LOA, que el mantenimiento en el poder del actual presidente del Gobierno, al intercambiar los siete votos de los diputados del grupo de *Junts*, para hacer posible su investidura, por el perdón a los implicados en el *procés*. La aprobación de la LOA, añaden algunos, sería un claro ejemplo de desviación de poder protagonizado por el legislativo (M. Atienza, «La falacia de la amnistía», en AA.VV., *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024, p. 214). Me limitaré ahora a afirmar que, al margen de las muchas dificultades que plantea la extensión de esta última categoría al legislador democrático (C. Chinchilla, *La desviación de poder*, Civitas, Cizur Menor, 2ª ed., 2004, *passim*; en contra del control causal de la ley, L.M. Díez-Picazo, *cit.*, p. 74), podría también discutirse si «la simple oportunidad de formar una mayoría parlamentaria de investidura vale como fundamento constitucional para una ley de amnistía», algo que quizá no debería descartarse de entrada a la luz de los artículos 1.1 y 6 de la Constitución «y de la propia comprensión de nuestra democracia como no ‘militante’» (*Blog de Francisco Velasco*, «Amnistía, interdicción constitucional de la arbitrariedad y elecciones catalanas», 15 de mayo de 2024).

Es cierto, no obstante, que el altísimo precio que en términos de afectación a principios y valores constitucionales supone una medida de gracia como ésta, que ha de limitarse, en expresión de Jiménez de Asúa, a «los asuntos políticos de interés general» (en Requejo Pagés, *cit.*, p. 96), obliga al legislador a un *singular esfuerzo de justificación de la amnistía*, es decir, de la finalidad, de la «conveniencia pública que se pretende conseguir» (T. Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, «Preservar la democracia en discrepancias, enfrentamientos y tensiones», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 108-109, 2023, p. 148).

En sustento de la tesis de la arbitrariedad del legislador, que aquí se está resumiendo, se afirma que el argumento de la reconciliación no tiene «credibilidad empírica» (C. Paz-Ares, *Las falacias de la amnistía*, Almacén de Derecho-Comares, 2024, *passim*), algo absolutamente cierto si se atiende a la mayoría de las manifestaciones de los líderes políticos independentistas y de los diputados y senadores de estos partidos en el procedimiento legislativo, pero que se contradice con el sentido del voto favorable de estos últimos al texto de la LOA, cuyo preámbulo está plagado de referencias que evidencian sin margen para la duda que la voluntad de las Cortes Generales (en la que aquellos diputados y senadores se integran) al aprobar la ley no es otra que la de mejorar la convivencia y la cohesión social y hacer posible la integración de las diversas sensibilidades políticas. Soy bien consciente, no obstante, de que la respuesta a esta crítica, en la que parecen converger la mayoría de quienes sostienen la inconstitucionalidad de la LOA, exigiría mucho más que el breve apunte que acabo de hacer en las líneas precedentes.

Para avalar la irrazonabilidad del legislador se ha sostenido además que el proceso de elaboración de la LOA ha padecido de «falta de autenticidad», de

«falta de confiabilidad» (Paz-Ares, *cit.*), lo que reforzaría la conjetura de desviación de poder. Es cierto que el recorrido de la LOA en ambas Cámaras no pasará a los anales de nuestro mejor parlamentarismo, pero hace ya demasiado tiempo que las Cortes Generales han dejado de ocupar la centralidad que les corresponde en nuestro sistema político. Quizá podría decirse que el *iter* de la LOA nos ha situado ejemplarmente ante el espejo de nuestra deteriorada forma de gobierno (partitocracia, lotización, falta de transparencia, desaparición de los órganos de control, utilización interesada de la institución parlamentaria, ausencia de verdadera deliberación, entre otros déficits), aunque no creo que se hayan quebrantado formalmente las reglas que ordenan la producción normativa y mucho menos aún que ese quebranto (de haberse producido) pueda tener relevancia constitucional. Por otra parte, no acierto a ver el impacto que la baja calidad de nuestro proceso político democrático puede tener en el control de constitucionalidad de la ley.

No voy a detenerme más en la respuesta a las tachas de arbitrariedad y de discriminación que se vierten mayoritariamente contra la LOA; lo haré, por el contrario, para analizar un aspecto que prácticamente no ha sido objeto de interés por parte de quienes han seguido la elaboración de la Ley y han estudiado su contenido. Me refiero, en concreto, a la *eventual incompatibilidad con la interdicción presente en el artículo 9.3 CE de la exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la ley de los actos determinantes de responsabilidad que se realizaron* «en el contexto del denominado proceso independentista catalán» (artículo 1.1 LOA) pero *con la intención de oponerse a la independencia de Cataluña* (véase, sobre el particular, F. Bastida Freijedo, *cit.*, pp. 33-35).

En la cuestión de inconstitucionalidad elevada al Tribunal Constitucional por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante Auto de fecha 24 de julio, se apunta de pasada esta posible tacha de inconstitucionalidad cuando se alude a la discriminación que la amnistía «introduce en favor de los golpistas abiertamente contraria al derecho a la igualdad ante la ley que contempla el artículo 14 de la Constitución [...] ¿Qué razón atendible, en estas circunstancias, justifica la decisión y explica el motivo por el cual la amnistía no es extensible a otros delinquentes que actuaran animados por propósitos distintos, e incluso opuestos?». A mi juicio, la confusión entre quienes actuaron animados por *otros propósitos* (respecto de los que el trato diferenciado que resulta de la LOA no plantea, a mi parecer, ningún problema) y quienes lo hicieron por *propósitos opuestos* a los que fundamentan la amnistía, hace perder entidad a esta objeción tal y como la formula el Tribunal Supremo que, además, no la desarrolla.

En forma de pregunta, la duda de constitucionalidad de la que trataré en las siguientes páginas podría plantearse del siguiente modo: ¿Es razonable que el legislador, al aprobar una ley que pretende, en aras del interés general, resolver «una tensión política, social e institucional», declare amnistiados ciertos actos siempre que la intencionalidad con la que se hubieran llevado a cabo hubiese sido (simplifico) la de «reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña» y excluya con su silencio de los beneficios de la amnistía los actos

determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, cuando el propósito con el que aquellos se realizaron hubiera sido justamente el contrario, es decir, el de oponerse a la independencia catalana? ¿Es contradictorio con el fin que se propone la ley el tratamiento que la misma da a unos y otros actos diferenciándolos por la orientación ideológica con la que se ejecutaron? Creo que sí.

Y, como para responder a estas preguntas habrá que acudir de nuevo a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recordaré brevemente que la proyección del principio a la actividad normativa de las Cortes Generales fue objeto de una bien conocida polémica doctrinal hace ya treinta y cinco años. Para Rubio Llorente, el referido principio estaría incluido en el de igualdad ante la ley del artículo 14 CE, mientras que para García de Enterría la quiebra de la igualdad podría ser un supuesto de arbitrariedad, pero no el único ya que arbitrario es lo opuesto a razonable «y jurídicamente lo opuesto polarmente a la justicia». Una idea, ésta de la arbitrariedad del legislador, desconocida en el Derecho de la Unión Europea (no aparece en el Reglamento 2020/2092 sobre un régimen de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión) y en el ámbito del Consejo de Europa (véase la *Rule of Law Checklist*).

En España, el Tribunal Constitucional aclaró tempranamente que «la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisdicción constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución que aquella en la que se halla el Gobierno como titular del poder reglamentario en relación con la Ley» (STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1).

De la jurisprudencia en esta materia, de la que se podrían poner muchos más ejemplos, es posible formular algunas conclusiones relevantes. La prohibición constitucional del ejercicio arbitrario del poder público ha de manejarse con «prudencia» cuando se pretenda proyectar sobre la producción normativa del legislador. Dos razones avalan esta idea: el carácter indeterminado de este principio y la presunción de constitucionalidad característica de la actividad legislativa del parlamento democrático. Además, el Tribunal Constitucional solo puede evaluar la validez de ley y no su oportunidad, por lo que el desacuerdo político no puede ser nunca parámetro en el juicio de constitucionalidad. En consecuencia, la interdicción de arbitrariedad como medida de la validez de la ley se concreta en un doble plano: la prohibición de discriminación normativa, es decir, en la ley, y la ausencia de explicación racional, de razones justificativas de la norma, evitando el «análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18). Hasta aquí el resumen de la lectura que para el legislador ha hecho el Tribunal Constitucional del principio presente en el artículo 9.3 CE.

¿Puede desde esta jurisprudencia predicarse un comportamiento irrazonable de las Cortes Generales que aprobaron la LOA al excluir de los beneficios de la amnistía a quien actuaron motivados por su oposición a la independencia de

Cataluña? Mi análisis se ceñirá al entendimiento de la arbitrariedad que podríamos denominar deferente, es decir, al que se concreta en la ausencia de justificación y, en su caso, en la discriminación. Las dificultades del control de constitucionalidad más allá de estos dos ámbitos, como sugieren no pocos críticos de la amnistía, son, a mi juicio, una razón fundamental que avala la tesis que aquí se propone.

Del contenido de la LOA resultan particularmente relevantes, a nuestros efectos, el preámbulo y el primero de sus artículos. El esfuerzo del legislador en el largo preámbulo por justificar la conveniencia de la amnistía no puede considerarse fuera de lugar; antes bien, tal y como he avanzado al comienzo de la respuesta a esta pregunta, parece necesario para explicitar las razones una decisión política de esta naturaleza excepcional. Aunque el Tribunal Constitucional sostuvo en su momento que «el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración» (STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 5), el caso de la amnistía sería el perfecto ejemplo de lo exagerado de semejante afirmación. En una ley de amnistía el preámbulo cumple una función adicional a la meramente interpretativa, «sirve para explicitar el presupuesto habilitante de la ley y, más tarde, *para poder controlar su razonabilidad, su carácter no arbitrario*» (Bastida, *cit.*, p. 26, la cursiva no se encuentra en el original).

La lectura del preámbulo no deja ningún espacio a la duda en cuanto a la justificación de esta medida de gracia. Se nos recuerda que, con carácter general, la amnistía es un «medio adecuado para abordar circunstancias políticas excepcionales» con el propósito de alcanzar «un interés general, como puede ser la necesidad de superar y encauzar conflictos políticos y sociales arraigados, en la búsqueda de la mejora de la convivencia y la cohesión social, así como de una integración de las diversas sensibilidades políticas». La opción del legislador por la amnistía como «instrumento de política», en palabras de G. Zagrebelsky, es muy clara (*Ammistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1974, pp. 91 y ss.).

El logro de ese interés general se repite en no menos de seis ocasiones en el preámbulo como finalidad que la amnistía persigue. Se trata, más en concreto, con expresiones que se reproducen insistentemente, de revertir una situación de «tensión política, social e institucional»; de «establecer las bases para garantizar la convivencia de cara al futuro»; de superar un conflicto político; de la consecución de «un interés superior: la convivencia democrática»; de la apuesta «por un futuro de entendimiento, diálogo y negociación entre las distintas sensibilidades políticas, ideológicas y nacionales»; de «procurar la normalización institucional» y de «sentar una sólidas bases» para «continuar mitigando las consecuencias de un conflicto que jamás debió producirse». La ley, se dice, tiene una «justificación objetiva y razonable» y para acreditarlo se repiten las ideas de superación de una situación de «alta tensión política», de avanzar en el camino del diálogo político y social, de refuerzo y mejora de la convivencia, de avance hacia la plena

normalización de la sociedad, y de resolución del conflicto político mediante la discusión política.

La voluntad del legislador reflejada en el texto de la ley es incuestionable, como lo es que todas y cada una de las razones que se ponen sobre la mesa para preservar el interés general a cuyo servicio se pone la amnistía son perfectamente constitucionales. Nada que objetar a este respecto.

Ahora bien, es importante notar que *la amnistía no se refiere a todos los actos «que acreditan una tensión política, social e institucional», sino a los «actos objeto de la presente ley» que acreditan la referida tensión.* Y los actos objeto de la presente ley, los hechos enmarcados en el «proceso independentista», al que alude al menos en catorce ocasiones su texto, vienen identificados por su intencionalidad o motivación de apoyo a la independencia (artículo 1 LOA). Si, como sostengo, eso es así, quedarían fuera de la amnistía las actividades susceptibles de sanción contrarias a la celebración de la consulta y del referéndum o a la reivindicación, promoción y consecución de la independencia.

Cualquier incertidumbre que pudiera existir al respecto se despeja aproximándose al contenido del artículo 1 LOA, del que resulta que el ámbito objetivo de la ley está predeterminado por la motivación de los actos que se amnistían [a salvo de lo dispuesto por la letra e) del primer párrafo de este artículo, que extiende la amnistía a las acciones policiales dirigidas a dificultar o impedir la realización de los actos determinantes de responsabilidad penal o administrativa comprendidos en esta disposición]:

- los cometidos con la *intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia* de Catalunya (artículo 1.1.a LOA);
- los cometidos con la *intención de convocar, promover o procurar la celebración de las consultas* de 2014 y 2017 (artículo 1.1.b LOA);
- los de desobediencia, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad... que hubieran sido *ejecutados con el propósito de permitir la celebración de las consultas...* (artículo 1.1.c LOA);
- los de desobediencia, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad... *ejecutados con el propósito de mostrar apoyo a los objetivos y fines descritos en las letras precedentes o a los encausados o condenados por la ejecución...* (artículo 1.1.d LOA);
- los cometidos con el *propósito de favorecer o facilitar cualesquiera de las acciones determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable contempladas en los apartados anteriores* (artículo 1.1.f LOA). (Todas las cursivas se han añadido).

La conclusión parece evidente: quedan fuera del ámbito objetivo de aplicación de la LOA los «actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable» cometidos con la intención de oponerse a la reivindicación de independencia o a la celebración de las consultas. ¿Se trata de una decisión

arbitraria? ¿Es el contenido de la LOA discriminatorio por motivos ideológicos? La respuesta es, en ambos casos, y en mi opinión, afirmativa.

Es bien conocida la finalidad que busca la LOA a la luz del preámbulo que se ha analizado anteriormente. El interés general cuya consecución persigue la ley, ¿puede alcanzarse excluyendo del perdón a una de las partes del conflicto? ¿Se puede revertir la tensión política y social beneficiando a aquellas personas cuyos actos estuvieron ideológicamente orientados en una determinada dirección y no a quienes actuaron por razones ideológicas opuestas? ¿Se supera así un conflicto político? Ese trato diferenciado (léase discriminatorio), ¿«establece las bases para garantizar la convivencia de cara al futuro»? ¿Se mitigan de este modo las consecuencias del conflicto? ¿Se construye así un futuro de entendimiento? La respuesta a cada una de estas preguntas es, para quien esto escribe, negativa. Y este es el fundamento de la censura de arbitrariedad: *la finalidad perfectamente constitucional que la LOA persigue a la luz de su preámbulo es incongruente con el contenido de la propia ley, en concreto con la definición de su ámbito objetivo, máxime en el silencio del legislador, que no da ninguna explicación (si es que alguna pudiera darse de manera razonable) para justificar una amnistía que podríamos calificar de selectiva en términos ideológicos.*

Se manifiesta así la doble cara de la arbitrariedad: por un lado, existe una contradicción en la LOA, que persigue una finalidad, en aras del interés general, incompatible con la exclusión de su aplicación a ciertas categorías de actos por motivos ideológicos. Por otro, los autores de estos actos son tratados de manera radicalmente distinta, sin justificación posible, a quienes los hubieran realizado por razones ideológicas opuestas a las suyas (en un sentido muy similar, con esta doble expresión de la arbitrariedad del legislador, STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 13).

En conclusión, podríamos decir que la amnistía que se propone ambiciona unos beneficios sociales plenamente constitucionales, pero es incoherente al diseñar un itinerario irrazonable para su consecución por las exclusiones que resultan de su ámbito de aplicación, que no se justifican en ningún momento (suponiendo que esta operación fuera posible en términos constitucionales) y que se fundan en razones ideológicas. La incoherencia y la ausencia de justificación ocasionan arbitrariedad del legislador y discriminación normativa que se proyectará sobre los autores de unos actos (amnistiabiles) y los de otros (no amnistiabiles) en el momento de la aplicación de la ley.

Se ha escrito, con criterio que comparto, que el único límite de la amnistía en un Estado de Derecho «es la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 de la Constitución», de manera que fuera de ese ámbito «todo debe llevarse al terreno político» (Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, *cit.*, pp. 147 y 149). Una afirmación que ha de leerse sin descuidar la relevancia de los límites que pueden venir del Derecho internacional o supranacional, o de los que puedan resultar de la veste formal de esta decisión legislativa.

La arbitrariedad (con este u otro nombre) ha sido precisamente el canon que han empleado los órganos de la justicia constitucional de países de nuestro

entorno cultural que han enjuiciado la validez de leyes de amnistía. Así lo han hecho el Tribunal Constitucional Federal alemán y la Corte Constitucional italiana, la que más sentencias ha dictado en esta materia y la que más ha doctrina ha elaborado sobre los límites de su control. Así, por ejemplo, ha afirmado que corresponde al legislador «decidir las condiciones de la medida de clemencia», si bien, la «ponderación llevada a cabo por el Parlamento puede controlarse mediante el juicio de constitucionalidad cuando se identifique una desigualdad normativa calificable como absoluta, intrínsecamente irrazonable o no avalada por una justificación razonable» (Sentencia 298/2000, de 18 de julio).

Arbitrariedad y discriminación, anudada la segunda a la primera, aparecen también como los parámetros del juicio de validez de la LOA que podrá sustanciarse ante el Tribunal Constitucional español, en su caso, mediante el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad. Se tratará de controlar, como ya sabemos, si la exclusión del ámbito objetivo cubierto por la amnistía de los actos realizados con la intención de oponerse a las consultas de 2014 y 2017 o a la secesión de Cataluña es arbitraria por incompatible o incongruente con la finalidad de pacificación y convivencia reiteradamente proclamada por el parlamento en el preámbulo de la ley. Si la referida exclusión se entiende como una decisión irrazonable, la consecuencia es obligada: existe una discriminación normativa.

El control de la interdicción de la arbitrariedad del legislador es un control externo o negativo: el TC debe evaluar si la opción plasmada en la ley es plenamente irrazonable o ayuna de justificación, sin que le esté dado «reemplazar la discrecionalidad del legislador» (STC 203/2013, de 5 de diciembre, FJ 6). La respuesta en este caso es, en mi opinión, clara: aunque todas las razones que se dan en el preámbulo para justificar la amnistía son neutras ideológicamente, todos los actos sobre los que ésta se proyecta (artículo 1 LOA) tienen un sesgo ideológico evidente que condiciona su aplicación. En realidad, podría decirse que no se explica por qué ciertos actos quedan fuera de la clemencia ya que cada una de las razones que se dan para ésta apuntan precisamente en el sentido contrario, es decir, en favor de una amnistía no condicionada ideológicamente. La contradicción, la incoherencia entre la justificación que el preámbulo ofrece para la amnistía, y el ámbito objetivo de la ley, anunciado en el mismo preámbulo y concretado en su artículo 1, es patente.

La citada incoherencia provoca, tal y como ya se ha repetido en varias ocasiones en estas páginas, una desigualdad inaceptable constitucionalmente. Es irrazonable pretender superar tensiones, garantizar la convivencia o promover el entendimiento (por referirme a algunos de los objetivos a los que aspira la LOA), limitando la amnistía a los actos protagonizados por una de las partes. El fin constitucional es lícito, pero el medio que se pone a su servicio es incompatible con él al punto de provocar discriminación.

El Tribunal Constitucional se verá así abocado a declarar la inconstitucionalidad de la LOA, aunque no necesariamente su nulidad. Tal y como se aclaró en

la STC 45/1989, de 20 de febrero, la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no es siempre necesaria; esa conexión «quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de este, sino en su omisión» (FJ 11).

Traída al supuesto que aquí se está analizando podría decirse que en ausencia de razones que puedan explicar en términos constitucionalmente aceptables el trato diferente que unos y otros actos reciben a efectos de la amnistía, sería inconstitucional el artículo 1 LOA en tanto que excluye de los beneficios de la medida de gracia a los autores de los actos realizados con intención de oponerse a la secesión de Cataluña con las mismas condiciones y límites con los que son amnistiados los actos en apoyo de la independencia. Estaríamos así en presencia de una sentencia aditiva, de la que ya se conocen algunos ejemplos en nuestra jurisprudencia constitucional (por todas, la STC 222/1992, de 11 de diciembre). En definitiva: El artículo 1 de la Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la amnistía los actos a los que se refiere dicha disposición que hubieran sido realizados con la intención de oponerse a la independencia de Cataluña o a la celebración de las consultas aludidas en aquélla.

No se me ocultan las muchas y complejas dificultades teóricas que semejante decisión plantea en un ámbito material como éste (un ejemplo de pronunciamiento aditivo en un juicio de constitucionalidad de una ley de amnistía en Italia se encuentra en la Sentencia de la Corte Constitucional 272/1997, de 25 de julio). Sin embargo, las ventajas prácticas no son menos relevantes. Se preserva la finalidad querida por el legislador en aras del interés general y se corrige una omisión incorporando a la disposición objeto del juicio de validez la *única norma constitucionalmente posible*, es decir, no se sustituye la discrecionalidad del legislador. Además, se evitan efectos no deseados sobre las situaciones previstas en el artículo 1 LOA que son conformes con la Constitución (en otros términos: no se expulsan del ordenamiento normas que no son inconstitucionales) y se eluden también efectos perjudiciales para decisiones favorables a la amnistía que no fueran firmes en el momento de la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

6. *A su juicio, la amnistía en general, y la actual ley de amnistía en particular ¿podrían ser contrarias al Derecho originario y/o derivado de la Unión Europea? ¿Y a los estándares internacionales más relevantes en la materia?*

CÉSAR AGUADO RENEDO

Tengo dudas en relación con el primer interrogante. No tanto desde la perspectiva material, porque, por las mismas razones que entiendo inconstitucional la ley —hace un uso de la amnistía que no se corresponde con su naturaleza, por lo que resulta sin duda arbitraria y, por ende, contraria al Estado de derecho, que es

fundamento de la UE *ex art. 2* de su Tratado— me parece que no se aviene, como tal ley (es decir, dejando a un lado sus contenidos concretos, en particular, p. ej., la responsabilidad contable que pudiera generarse por afectación, aun mínima, de fondos comunitarios en cualquier actividad del *proceso*) al ordenamiento de la UE. Pero no tengo claro que el TJUE —instancia que se presupone habría de ser la que se pronunciara sobre la cuestión— resuelva sobre una medida estatal de carácter tan interno y tan excepcional como es una amnistía, que ha supuesto una polarización extrema de la clase política y, en general, de la sociedad española.

Más allá de la UE, los estándares internacionales sobre la materia que nos son más relevantes jurídico-culturalmente, son los del Consejo de Europa, del que la Comisión de Venecia ha devenido en nuestro país órgano reconocido en punto a pareceres jurídicos. Sobre la amnistía que nos ocupa se ha pronunciado en su Opinión de 18 de marzo de 2024 y, aun con toda la morigeración que suele caracterizar los pronunciamientos de tal Comisión, ha efectuado una interpretación pegada a la gramaticalidad del texto legal que no aparece especialmente favorable a la ley española objeto de su atención.

Con todo, y como se acaba de decir, la amnistía es una de las decisiones estatales más internas que pueden darse: supone una decisión política que, de entenderse la institución rectamente, el Parlamento adopta por una mayoría suficientemente clara que se sobrepone a decisiones (ya adoptadas o por adoptarse) judiciales y que niega la validez de estas en relación con ilícitos efectuados en un determinado contexto, con la finalidad de mantener la viabilidad del sistema en unos términos aceptables, porque el desenvolvimiento normal del Estado de derecho resultaría insuficiente para ello. En principio, este planteamiento no aceptaría obligaciones internacionales contraídas en materia política o económico-comercial, y solo cuando afecte en grado relevante a derechos humanos garantizados por tratados o acuerdos que el Estado del concedente de la gracia se ha comprometido a salvaguardar, puede devenir su control por sujetos internacionales previstos en aquellos. Quiero decir que, frente a lo que sucede con otras acciones del Estado, la legitimidad o ilegitimidad jurídico-constitucional, política y social de la gracia en general y en su forma de amnistía en particular, es principalmente cuestión interna antes que internacional. Una conclusión algo hipotética (frente a mi nivel de convicción en lo relativo a las demás respuestas) y que no pude dejar de generar desánimo referida a un Estado como el nuestro que —como también he indicado en una encuesta anterior de esta misma revista recientemente— depende más de Europa en no pocos sentidos que los sistemas más consolidados de nuestro entorno.

ANA CARMONA CONTRERAS

Desde una perspectiva general, la primera idea a subrayar es que el Derecho de la Unión no regula la institución de la amnistía en cuanto tal. Así ha sido puesto de

manifiesto por parte del Tribunal de Justicia en el Asunto AB (2021), afirmando que tanto la aprobación como la revocación de tal medida de gracia se consideran «asuntos internos de los Estados miembros». El alcance de tal consideración de partida, sin embargo, es objeto de una sustancial modulación con respecto a un concreto sector del ordenamiento europeo —el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia—, así como a uno de sus instrumentos articuladores esenciales en materia de cooperación judicial penal, la orden europea de detención y entrega (Eurorden). Es con relación a esta última que encontramos una referencia expresa a la amnistía en su normativa reguladora —la Decisión Marco 2002/584/JAI—, ya que al enumerar los motivos que pueden dar lugar a la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea se incluye el siguiente: «cuando el delito en que se base la orden de detención europea esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución si éste tuviere competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho penal» (artículo 3.1). Para los supuestos en que dicha previsión resulte aplicable, el Tribunal de Justicia afirma su competencia para discernir la compatibilidad entre la amnistía concedida por el ordenamiento nacional y lo dispuesto por la Decisión Marco (Asunto AB). A tal efecto, el Tribunal de Luxemburgo toma en consideración dos elementos relevantes: por un lado, que la amnistía responda «preferentemente a objetivos de política criminal» y, por otro, que la misma sea susceptible de «interpretarse de conformidad con los objetivos de prevención de la impunidad en el espacio europeo y de lucha contra la delincuencia» (Asunto X, 2021). Consecuentemente, toda amnistía aprobada por un Estado miembro queda constreñida por el deber de respeto de los requisitos identificados.

Pero no solo, porque, asimismo, la exoneración de responsabilidad jurídica que se deriva de la activación de dicho instrumento debe atender a la existencia de ulteriores condicionamientos específicos derivados del marco europeo. En este sentido, resulta obligado traer a colación, en primer lugar, lo dispuesto por el artículo 325 TFUE, cuyo apartado 1 dispone: «La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión». Por su parte, en su apartado 2, dicho precepto prevé que los Estados «adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros». Desarrollando tales previsiones, la Directiva 2017/1371, de lucha contra el fraude de los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal va a asumir una postura diáfana, estableciendo que «(L)os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la malversación, cuando se cometa intencionadamente, constituya una infracción penal» (artículo 4.3). Adicionalmente, se especifica que «por lo que se refiere a las personas físicas, los Estados miembros se asegurarán de que las infracciones penales a que se refieren los artículos 3 (fraude), 4 (blanqueo de capitales, corrupción

y malversación) y 5 (inducción, complicidad y tentativa) sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias» (artículo 7.1).

Las prolijas citas normativas realizadas se justifican atendiendo al tenor literal de lo dispuesto en el artículo 2 e) de la LO 1/2024, en donde se excluyen de su ámbito de aplicación «(L)os actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea». Una previsión que viene a funcionar como cláusula de salvaguardia de lo dispuesto en el artículo 1 a), en el que tras afirmar la inclusión en su ámbito de aplicación de «(L)os actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos», se concreta que estos incluyen, entre otros, «los actos tipificados como delitos //...// de malversación, únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el primer párrafo de esta letra, directamente o a través de cualquier entidad pública o privada, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento». De la acción combinada de las previsiones referidas se deduce, por lo tanto, que lo establecido en el artículo 1.a) deviene inaplicable en el supuesto de que las actuaciones definidas afecten a los intereses financieros de la Unión (artículo 2.e).

Calibrar la efectiva compatibilidad de la regulación aludida con el Derecho de la Unión exige una atenta labor de atención tanto a la normativa aplicable como a la interpretación que de la misma ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión. A este respecto, la sentencia adoptada en el Asunto *Euro Box Promotion* (2021) ofrece importantes criterios a tener presentes en el supuesto que nos ocupa. Empezando por la premisa de la que parte el iter argumental desarrollado: «La obligación de luchar eficazmente contra la corrupción y en particular, la corrupción de alto nivel, ..., no se limita únicamente a los casos de competencias que afectan a los intereses financieros de la Unión» (apartado 189). Consecuentemente, y para que tal deber sea efectivo, se pone de manifiesto que los Estados deben «garantizar que sus normas de Derecho penal y de procedimiento penal permitan una represión efectiva de los delitos de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión y de corrupción *en general*» (apartado 193, la cursiva es nuestra). Sobre la base de esta exigencia, aun reconociendo que «las sanciones previstas y los procedimientos penales establecidos para luchar contra dichos delitos están comprendidos en la competencia de ese Estado miembro, dicha competencia está limitada no solo por los principios de proporcionalidad y de equivalencia, sino también por el *principio de efectividad* //...// Esta exigencia de efectividad se extiende necesariamente tanto a las acciones penales y a las sanciones de los delitos de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión y *de corrupción en general* como a la aplicación de las penas impuestas, en la medida en que, *de no existir una ejecución efectiva de las sanciones, estas no pueden ser efectivas y disuasorias*» (apartado 193, las cursivas vuelven a ser nuestras).

Los pasajes jurisprudenciales reproducidos conducen a percibir la existencia de serias dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de las

previsiones incorporadas en la LO 1/2024, permitiendo amnistiar la malversación vinculada a actividades relacionadas con el *procés*. El hecho de que se excluyan las que produjesen un beneficio patrimonial a sus autores no muestra relevancia alguna desde la perspectiva del marco europeo, ya que la Directiva exige intencionalidad en su comisión, no voluntad de apropiación personal. Igualmente, la previsión que deja al margen de la gracia concedida a las actividades que incidan en los intereses financieros de la Unión no resulta suficiente per se, ya que requiere ser entendida en el contexto de referencia expuesto, teniendo en cuenta la asunción de un concepto extensivo en torno al radio de acción comprendido en la lucha contra la corrupción y el fraude del que se desprenden importantes exigencias para los Estados miembros.

A modo de cierre, y para completar el cuadro europeo, considero pertinente traer a colación la propuesta de reforma de la Directiva de lucha contra la corrupción (2023/0135 COD). Esta estaba siendo tramitada en el Parlamento Europeo en la pasada legislatura sin que llegara a aprobarse antes de la convocatoria de las elecciones en la primavera de 2024. Es muy significativo para el tema que nos ocupa el hecho de que la misma incorporaba la siguiente disposición: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir cualquier indulto o amnistía en beneficio de personas que hayan sido consideradas responsables de cualquiera de las infracciones penales de los artículos 7 a 14», quedando comprendida entre estas la corrupción, el fraude y la malversación, entre otros. Por el directo impacto que dicha previsión proyecta sobre la consideración de la Ley de amnistía en clave europea, es preciso seguir muy atentamente la suerte que dicha iniciativa de reforma corre en el nuevo Parlamento Europeo, determinándose si de ser aprobada la nueva Directiva se mantiene la disposición señalada o, por el contrario, se suprime.

Un segundo foco problemático desde la perspectiva europea nos remite a otra de las exclusiones contempladas por el artículo 2 LO 1/2024 y que aparece recogida en su apartado c): «Los actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo, según la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y, a su vez, hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos, en particular las reguladas en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario». La primera apreciación que se deriva de la lectura de este precepto es el juicio crítico que merece la mención de una norma de la Unión —la Directiva 2017/541—, configurándola como único referente considerado en materia de delitos de terrorismo. Este modo de proceder se muestra desprovisto de toda lógica jurídica, puesto que dicha Directiva fue objeto de la correspondiente transposición en nuestro ordenamiento jurídico (Ley Orgánica 1/2019), quedando incorporados sus contenidos en el Código Penal.

Hecha esta observación previa, un examen en términos materiales de la exclusión referida nos lleva a manifestar la existencia de puntos problemáticos

por lo que a su compatibilidad con lo dispuesto en sede europea se refiere. La voluntad legislativa de exonerar los delitos de terrorismo vinculados al *procés* debe ser evaluada a partir de la previsión recogida en el artículo 83.1 del TFUE, en donde se atribuye al Parlamento Europeo y al Consejo la facultad de «establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes». En la enumeración de los ámbitos delictivos comprendidos por tal disposición se incluye el terrorismo. Expresión de la habilitación prevista es la ya aludida Directiva 2017/51, cuyo articulado se inicia afirmando que «establece *normas mínimas* relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de los delitos de terrorismo, los delitos relacionados con un grupo terrorista y los delitos relacionados con actividades terroristas, así como medidas de protección, apoyo y asistencia a las víctimas del terrorismo» (artículo 1, la cursiva es nuestra). Asimismo, contiene una previsión especialmente relevante a los efectos del tema que nos ocupa en la que se afirma la obligación de los Estados miembros de adoptar «las medidas necesarias para garantizar que los delitos enumerados en los artículos 3 a 12 y 14 sean castigados con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias» (artículo 15.1).

Identificados los referentes normativos europeos, la acusada inconcreción que denota el contenido del artículo 2 c) de la LO 1/24, recurriendo a expresiones extremadamente genéricas —«actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo» y «graves violaciones de los derechos humanos»—, plantea serios interrogantes en torno al respeto de principios fundamentales como son la taxatividad de las infracciones penales, en el primer caso, y la seguridad jurídica, en el segundo. Desde una aproximación más concreta, es preciso reseñar que la aplicación de la referida exclusión se ha activado en los procesos que se están sustanciando ante la Audiencia Nacional y en los que se está juzgando a distintas personas integrantes de los Comités de Defensa de la República por hechos subsumibles en el concepto de participación en grupo terrorista que recoge la Directiva europea 2017/541 y de pertenencia o participación en organización terrorista de nuestro Código Penal. El problema detectado (que ya ha sido señalado por la Audiencia Nacional en la cuestión prejudicial elevada al TJUE) reside en el hecho de que mientras que para la Directiva (y nuestro Código Penal) la sola participación constituye un ilícito penal, para la ley de amnistía no. Así sucede porque a la «mera» pertenencia se suma, como requisito adicional, que se hayan producido «de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos». Únicamente en tal caso se cierra el paso, impidiendo la aplicación de la amnistía. Al hilo del planteamiento expuesto, la normativa española introduce una distinción no prevista por su referente europeo, lo que conduce a la aparición de una inédita disociación de los efectos derivados de la actividad terrorista: la que causa

intencionadamente graves violaciones de derechos humanos y la que, por el contrario, no las provoca.

Finaliza este escrutinio de la LO 1/2024 en clave europea con la alusión a la previsión que incorpora el artículo 4, disponiendo que «(S)in perjuicio de lo dispuesto //...// en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tras la entrada en vigor de esta ley: b) El órgano judicial que esté conociendo de la causa procederá a dejar sin efecto las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención». Esta disposición, al suprimir radicalmente la facultad de apreciación de los jueces sobre el mantenimiento o retirada de las órdenes de detención y entrega pendientes de ejecución, choca de modo frontal con la configuración que de dicho instrumento lleva a cabo la normativa europea y su interpretación por parte de la Corte de Luxemburgo. Dado que la emisión de una euroorden corresponde a la autoridad judicial su revocación solo puede provenir de esta, sin que resulte accesible a otros poderes del Estado. Por lo tanto, decretar por voluntad unilateral del legislador el levantamiento de las órdenes europeas de detención y entrega pendientes de ejecución en el momento de entrar en vigor la amnistía carece de asidero en el ordenamiento europeo y constituye una flagrante vulneración del mismo.

ALICIA GIL GIL

Como he comentado en el apartado anterior, la redacción legal es bastante deficiente, y, en el papel, es apta para dar lugar al incumplimiento de ciertas obligaciones estatales.

Hay que distinguir varios planos. Como hemos ido señalando, la ley admite en teoría la posibilidad de amnistiar conductas cuya ausencia de persecución supone una infracción de las obligaciones estatales. Pero que llegue a constatare esta infracción dependerá de qué órgano examine, dado que no todas las instancias que hemos ido citando van a examinar la propia ley, sino que a algunos de estos organismos solo llegarán quejas individuales alegando que el castigo o el no castigo infringe derechos fundamentales. En este sentido, es más difícil, por ejemplo —aunque no imposible— que la aplicación de la ley dé lugar a una condena del TEDH. Hay que recordar, como ya hemos dicho, su constante y estricta jurisprudencia sobre la inamnistiableidad de las infracciones al art. 3 (tortura y tratos inhumanos y degradantes), su concepto extenso de tratos inhumanos cuando se refiere a actuaciones policiales, el concepto indeterminado de «graves violaciones de derechos humanos», sobre el que solo tenemos una aproximación ejemplificativa y su interpretación sumamente rigurosa del conflicto y de las condiciones que permitirían una amnistía de tales «graves violaciones» (así, consideró que la amnistía kosovar de 1997 violaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos —*Marguš v Croacia* 13/11/2012—).

Pero, en todo caso, salvo que algún damnificado por una actuación policial recurra, en principio no creo que los hechos a los que se acabe aplicando la amnistía puedan llegar al TEDH.

Sin embargo, la posible afectación a esos derechos conforme a la jurisprudencia internacional ya debería ser examinada por el propio TC que ha de analizar la constitucionalidad de la ley en su conjunto.

Más evidente me parece el incumplimiento de las obligaciones de perseguir los delitos de terrorismo. La Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017 obliga a los Estados miembros a castigar los delitos de terrorismo enumerados y su tentativa con sanciones penales eficaces (art. 15). Por lo tanto, la amnistía de alguno de los delitos de terrorismo contemplados en la Directiva podría suponer un incumplimiento de las obligaciones estatales. Así, al incluir la LOA el delito de integración en organización terrorista, u otros comprendidos en la Directiva europea, España estaría infringiendo sus obligaciones internacionales. Y como he dicho, no me gusta dicha calificación para las conductas que estamos analizando, pero desde luego no se puede decir que no fuera previsible.

En cuanto a la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tengo que admitir que no es mi campo de especialización, pero insigne juristas han destacado que los delitos de malversación cometidos en el *proceso* pueden afectar, aun de manera no directa, a los intereses financieros de la Unión Europea (Lozano Ibáñez, Roldan Barbero), además de su incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 2 del Tratado de la Unión o con el principio de igualdad recogido en el art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la UE, y otros principios de la Unión, como la independencia judicial (Lozano Ibáñez, Mangas Martín, Quintero Olivares).

Tanto la Audiencia Nacional (Auto 5/09/2024) como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Auto 9/07/2024) y el Tribunal de Cuentas (Auto 1/2024 de 29/07/2024) han decidido presentar cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal de Cuentas, en relación con el trato previsto para «responsabilidad civil extracontractual por daños al patrimonio público» derivada de los gastos relacionados con el *proceso*, entre otros argumentos en los que no nos podemos detener, cuestiona que la LOA respete el Tratado Fundacional de la Unión por suponer una infracción de los deberes de combatir el fraude. Al respecto alude a que la jurisprudencia TJUE viene realizando una «interpretación amplia» del concepto de «protección de los intereses financieros de la Unión Europea», que incluye cualquier tipo de actuación ilegal que causara daño al patrimonio público, e incluye tanto el perjuicio actual como el perjuicio potencial al presupuesto de la UE. También considera que la LOA afecta a los principios de igualdad y de no discriminación, consagrados en los artículos 20 y 21 de la Carta DFUE, y artículo 2 del TUE, y al principio del Estado de Derecho

(artículos 2 y 19.1, 2º del TUE, artículo 47 de la Carta DFUE y artículo 6 del CEDH).

La Audiencia Nacional, por su parte, ha cuestionado la inclusión del delito de integración en organización terrorista en el ámbito de la amnistía, así como otros delitos de terrorismo con la condición de que no «hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos», por suponer el terrorismo un ataque a los valores fundamentales de la Unión, vulnerando así el TUE, el TFUE y la Carta DFUE y por infringir su amnistía la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y otras normas comunitarias, además de vulnerarse los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

El TSJC ha anunciado su intención de presentar cuestión de inconstitucionalidad y cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En su opinión es preciso dilucidar la adecuación de la LOA a principios y valores protegidos constitucionalmente como la seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE) y exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), así como su compatibilidad con el art. 2 del TUE —principios de separación de poderes y de igualdad ante la Ley—, del art. 325 TFUE y de la art. 4.3 de la Directiva 2017/1371, por desprotección de los intereses financieros de la UE.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

El artículo 2 del TUE establece los principios y valores en que se fundamenta la Unión, valores que son comunes a los Estados miembros. El respeto del Estado de Derecho es uno de dichos valores. La referencia al Estado de Derecho debe identificarse con «Estado Democrático de Derecho», pues en otro caso se estaría diciendo bien poco y diferenciador por el mencionado precepto en relación con las decenas de Estados que se autocalifican de Estados de Derecho por el solo hecho de que se rijan por el Derecho vigente en dichos países, aun cuando no cumplan dichos Estados los más elementales requisitos previstos en el mencionado artículo 2 del TUE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El régimen dictatorial de Francisco Franco consideraba que había instaurado un Estado de Derecho. Y esta pretensión la tienen Estados como Rusia, China y otras tantas dictaduras existentes en la actualidad que se proclaman Estados de Derecho; aunque éstos no sean más que decorados de cartón piedra. Para que un Estado se pueda calificar de democrático exige que concurren legalidad y legitimidad. Y si bien la Ley orgánica de amnistía cumple los requisitos legales comunes a las leyes orgánicas, en dicha ley la legitimidad está ausente como he acreditado al levantar el velo con el que Pedro Sánchez y sus secuaces han cubierto las causas y finalidad de la amnistía. De manera que

si consideramos que la Unión Europea defiende la vigencia del *Estado democrático de Derecho* la Ley orgánica 1/2024 de amnistía no cumpliría los principios y valores del artículo 2 del TUE, de manera que la Comisión Europea podría activar la aplicación a España del artículo 7 del TUE. Pero, a mi juicio las posibilidades de que dicha activación se produzca son remotas. Otro tanto puede decirse de las cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de inconstitucionalidad que se han interpuesto por tribunales españoles, por el Partido Popular y por Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional español funciona como un mini-parlamento integrado por magistrados pro-gubernamentales y magistrados pro-oposición. Los primeros son mayoría en la actualidad por lo que se puede garantizar que la Ley de amnistía saldrá indemne de su revisión por el Tribunal Constitucional. Hace unos días el presidente del Tribunal Constitucional exigía respeto para dicho tribunal, olvidando que el respeto hay que merecerlo y esto no parece concurrir en un tribunal que solo raramente cumple con la misión que la Constitución le atribuye.

Debe tenerse también en cuenta que el legislador español, al dictar una ley de amnistía, no puede derogar normas de Derecho de la Unión Europea que hayan incidido en el Código penal o en otras leyes administrativas sancionadoras. Esto es, el legislador español puede derogar retroactiva y transitoriamente normas en el marco de su competencia legislativa, pero no puede derogar retroactiva y transitoriamente normas españolas que son transposición de normas del Derecho de la Unión Europea, particularmente las normas obligatorias de las Directivas y Decisiones de la Unión. Y, en todo caso, debe tenerse en cuenta que la interpretación de las Directivas y demás normas comunitarias corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: es decir que la interpretación de qué normas de una Directiva son o no obligatorias y cuál es el margen de apreciación que tienen los Estados miembros corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo que se refiere a los reglamentos, decisiones y demás normas obligatorias de la Unión, salvo que dejen algunos márgenes de apreciación a los Estados miembros, no pueden ser derogadas con carácter retroactivo transitorio por el legislador español al dictar una ley orgánica de amnistía. Pues bien, no cabe duda de que la normativa de la Unión Europea en materia de terrorismo y de malversación podría estar siendo vulnerada por la Ley de amnistía, por lo que los jueces y tribunales españoles podrían plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las correspondientes cuestiones prejudiciales, tal y como están haciéndolo.

Por lo que se refiere a otros tratados internacionales que contengan preceptos que puedan ser vulnerados por la ley orgánica de amnistía, no existiendo tribunales internacionales que garanticen su cumplimiento, serían los tribunales españoles los que deberían verificar si precepto o preceptos de la ley orgánica de amnistía vulneran precepto o preceptos de tratados internacionales que afecten al ámbito material o temporal de la amnistía. Por lo demás, no creo que pueda hablarse de estándares internacionales en lo que respecta al régimen jurídico de la amnistía.

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

La amnistía es, desde el punto de vista del Derecho internacional y del de la UE, una cuestión interna de cada Estado. En el ámbito internacional, la amnistía es una institución reconocida en muchos de esos Estados, como ya se ha visto. Es lo que recoge la Opinión de la *Comisión de Venecia*, de marzo de 2024, sobre las exigencias jurídicas de las leyes de amnistía, con especial referencia a la Ley Orgánica de la amnistía en España. Por tanto, la aceptación de la figura de la amnistía, en sí, no plantea problema alguno desde estas dos perspectivas. Es una cuestión puramente interna. Los problemas podrían plantearse en relación con el procedimiento seguido para su aprobación, en la medida en que podría contrariar exigencias derivadas del Estado de Derecho o incluir contenidos que el Derecho internacional rechaza como objeto posible de amnistía o, en el ámbito de la UE, que alguno de esos contenidos fuese contrarios al Derecho de la Unión. Desde el punto de vista de los estándares del Derecho internacional, la *Opinión* de la *Comisión de Venecia* sobre la proposición de ley de amnistía por los hechos del *procés*, tal y como estaba en aquel momento de la tramitación, muestra los problemas que presenta desde el punto de vista de las exigencias del Estado de Derecho en una forma que comparto plenamente. Desde este punto de vista, las cuestiones más graves en relación con la calidad de nuestro sistema democrático son las relativas al procedimiento utilizado, al combinar, por una parte, su presentación como proposición de ley y, por otra, su tramitación por el procedimiento de urgencia. La presentación como proposición de ley choca con el hecho de que se trataba de un acuerdo asumido por el presidente del Gobierno para hacer posible su investidura, lo que parece que exigía la asunción por parte del Gobierno de la responsabilidad de la iniciativa legislativa; máxime cuando, finalmente, la proposición fue presentada solamente por el grupo parlamentario socialista. La tramitación de la iniciativa en el Congreso por el procedimiento de urgencia suponía reducir todos los trámites a la mitad de plazo. Ambas circunstancias son criticadas por la Comisión de Venecia. Ambas ponen, en mi opinión, de manifiesto la concepción imperante en nuestro sistema político sobre la centralidad del Parlamento y la importancia del debate político. Una práctica que también se puso en juego por parte de sus promotores durante la tramitación de lo que se conoció como *plan Ibarretxe* en el Parlamento Vasco y la de las llamadas *leyes de desconexión* en el Parlamento de Cataluña, especialmente en septiembre de 2017; lo que pone de relieve hasta qué punto esa forma de ejercicio del poder por la mayoría parlamentaria, precisamente en asuntos de trascendencia del todo especial, está arraigado en las fuerzas políticas en España. En conexión con estos dos elementos, la *Comisión de Venecia* plantea el problema de la mayoría requerida para la aprobación de la ley de amnistía, considerando que debería ser aprobada con una mayoría superior a la absoluta. Ciertamente, esa es una cuestión difícil de encarar jurídicamente, porque las leyes en las que es exigible una mayoría cualificada las explicita la Constitución. En mi opinión, en cualquier caso, pone de relieve los problemas que derivan del hecho de interpretar que la amnistía es

posible a pesar de no estar expresamente prevista en la Constitución. Este hecho es el que hace que la aprobación de una ley de amnistía se mueva en un terreno inseguro respecto a la forma jurídica necesaria para ello. Se ha optado por aprobarla como Ley Orgánica, aunque, sorprendentemente en mi opinión, en la exposición de motivos de la ley no se explica la razón de esta opción formal, especialmente cuando la regulación de la concesión de indultos se realiza por ley ordinaria. ¿Es una ley relativa al *desarrollo* de los derechos y libertades fundamentales en los términos en que el TC ha interpretado esta disposición constitucional? Esa es una cuestión que correspondía determinar a la Constitución... en el supuesto de que hubiese acogido expresamente la amnistía como potestad del Parlamento. Y, en ese caso, habría determinado la forma jurídica que debía adoptar; o, en su caso, podría haber establecido, como se ha visto que hace la Constitución italiana, una mayoría cualificada especial. Es evidente que ha fracasado la recomendación de la *Comisión de Venecia* en el sentido de que las autoridades y las fuerzas políticas se tomaran el tiempo necesario para entablar un diálogo significativo en un espíritu de cooperación leal con el fin de lograr la reconciliación social y política, así como la recomendación de que, aunque la Constitución no lo prevea, intentasen alcanzar una mayoría cualificada superior a la mayoría absoluta de los miembros del Congreso que se requiere para la aprobación de una ley orgánica. Jurídicamente, este fracaso no tiene consecuencias; pero quizás la imagen del sistema democrático español se esté deteriorando en algunos ámbitos europeos, porque así se va deteriorando la calidad del sistema democrático.

Respecto a la supuesta incompatibilidad de la ley de amnistía con el Derecho de la UE no veo grandes problemas, con una excepción que señalaré. La figura, en sí misma, no choca con la concepción del Estado de Derecho imperante en el UE en la medida en que muchos de los Estados miembro lo prevén expresamente en sus Constituciones. Es un asunto puramente de Derecho interno. Más allá de esta cuestión, se han planteado dos hipotéticos problemas. En primer lugar, la hipotética existencia de delitos de terrorismo en el contexto del *procés*. En este sentido, a la luz de lo que se conoce hasta ahora, no vislumbro la existencia de delitos de terrorismo; aún más, cuando los delitos de este tipo que plantearían problemas por la obligación de excluirlos de la amnistía son los que en el ámbito internacional se consideraran graves violaciones de los derechos humanos. En este sentido, creo que la Ley Orgánica de amnistía se atiene al estándar internacional y de la UE.

Alguna duda puede plantear, en relación con la UE, la cuestión relativa a los delitos de malversación de caudales públicos, en el supuesto de que los recursos públicos utilizados para el desarrollo del *procés* hubiesen podido afectar a los intereses financieros de la Unión, en relación con lo establecido en la Directiva anti-fraude (Directiva 2017/1371), pues las propuestas para aproximar legislaciones en materia de delito de malversación no han prosperado por el momento. En este caso, lo que hubiera procedido, en mi opinión, si el Tribunal competente entiende que pueden haberse utilizado fondos que entran en el ámbito de la Directiva, es plantear una cuestión prejudicial al TJUE de acuerdo con el artículo 267 TFUE.

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

En la discusión sobre la amnistía se ha aludido frecuentemente a los posibles controles que sobre la misma podrían resultar de la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia (TJ). Se ha llegado incluso a sugerir que serían estos Tribunales, aplicando el Convenio de Roma, de 1950 (CEDH), en el primer caso, y el Derecho de la Unión, originario y derivado, en el segundo, los que pondrían en evidencia a la LOA por sus problemas de compatibilidad con uno y otro. ¿Europa nos salvará?

La eventual intervención del TEDH plantea un problema de legitimación activa. Solo otro Estado parte del Convenio o un particular o grupo de particulares que se consideren víctimas de la vulneración de alguno de los derechos que aquél garantiza, pueden recurrir a Estrasburgo en las condiciones establecidas por los artículos 33-35 CEDH. Lo primero, resulta impensable: cuesta mucho imaginar a otro Estado europeo demandando a España por entender que ciertos contenidos de la LOA son incompatibles con uno o más derechos presentes en el Convenio. [A título informativo dejo constancia de que en enero del presente año Irlanda demandó al Reino Unido ante el TEDH tras la aprobación por el Parlamento británico de la *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023*. El objeto de la demanda tiene que ver con las disposiciones de esta Ley que pueden suponer amnistía para los autores de hechos contrarios a los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes), un perdón muy problemático a la luz de los precedentes del Tribunal de Estrasburgo].

Por lo que se refiere a las demandas individuales, lo normal es que éstas se plantearan por personas a las que, por alguna razón, el tribunal llamado por la LOA a aplicarles la amnistía, no lo hiciera. En otras palabras, los recurrentes al TEDH serían potenciales beneficiarios de la amnistía. En estos casos, es imaginable que la disposición convencional alegada fuera el artículo 6, es decir, que se cuestionara desde las garantías del proceso equitativo, el procedimiento y/o la resolución final denegatoria de la aplicación de la amnistía. Ya se sabe que, al margen de otros requisitos de admisibilidad, el Convenio exige «agotar las vías de recurso internas», lo que en nuestro país significa, en la mayoría de las ocasiones, pasar en amparo por el Tribunal Constitucional. Tardaremos tiempo en saber si se plantean demandas contra España por personas a las que se hayan negado los beneficios de la amnistía.

Podría pensarse también como hipótesis de demanda, y siempre desde el presupuesto del agotamiento de los recursos nacionales, en la planteada por la víctima de un delito cuyo autor (o investigado como posible responsable) fuera amnistiado. En este supuesto, se diría, el perdón le impidió «acceder a un tribunal» (artículo 6.1 CEDH) en el que pudieran ventilarse las responsabilidades criminales de su victimario y, en el caso de que éste hubiera sido ya condenado penalmente, se le privó de un (pretendido) derecho a la pena ajena (que, por

cierto, no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24 CE; véase STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4). Pero ni uno ni otro derecho están garantizados por el CEDH, cuyo artículo 6.1, tal y como ha recordado el TEDH, se refiere únicamente a los derechos de una persona contra la que existe una acusación penal (Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford, 2023, 5ª ed., p. 402). En una demanda inadmitida por la Comisión Europea de Derechos Humanos (*Dujardin and others v. France*, de 2 de septiembre de 1991), en la que los familiares de las víctimas de los delitos amnistiados alegaron el artículo 6.1, la Comisión aclaró que «el derecho de acceso a un tribunal establecido en el artículo 6.1 del Convenio, no incluye el derecho a promover la acusación penal» (en idéntico sentido, STEDH *Brecknell v. the UK*, de 27 de noviembre de 2007, § 66).

En el caso del Derecho de la Unión Europea (DUE), el control de la compatibilidad de la amnistía con el mismo podría venir de un recurso por incumplimiento o de una cuestión prejudicial. El primero es tan inimaginable como la demanda interestatal a la que me he referido más arriba. No parece que la LOA haya generado una contradicción tan flagrante con el DUE como para que alguno de los legitimados activamente para este recurso lleve a España, tras el procedimiento previo, ante el Tribunal de Justicia. El *Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España del Informe de sobre la situación del Estado de Derecho 2024*, elaborado por la Comisión Europea [SWD(2024) 809 *final*, 24 de julio de 2024], no evidencia preocupación por la LOA, aunque reconoce que «está analizando» la información que solicitó a las autoridades españolas y se hace eco de la controversia generada por la Ley y de la preocupación expresada por algunas partes sobre su posible impacto en la lucha general contra la corrupción (p. 33).

En cuanto a las cuestiones prejudiciales, de las que meses atrás se llegó a anunciar una avalancha, se han presentado tres por el momento, una de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, otra del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y una más de la Audiencia Nacional. El objeto de las prejudiciales tiene que ver esencialmente con tres ámbitos sustantivos: Estado Derecho (en distintos aspectos), protección de los intereses financieros de la Unión y la lucha contra el terrorismo. No consta a estas alturas (septiembre de 2024) que ningún tribunal español haya inaplicado directamente la LOA por entenderla contraria al DUE, tal y como (sorprendentemente, me atrevería a decir) se propuso por algunos comentaristas.

Dejando ahora de lado el contenido de las prejudiciales allá donde existen puntos de conexión específicos entre la LOA y el Derecho derivado de la UE, es decir, en lo relativo a los actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo (con las precisiones que establece la propia LOA en su artículo 2.c) y a los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión (artículo 2.e LOA), en los que la respuesta del TJ, si admite a trámite las prejudiciales, será necesariamente técnica, me pronunciaré muy brevemente

sobre los eventuales problemas de compatibilidad entre la LOA y el principio del Estado de Derecho.

En primer lugar se trataría de saber si una amnistía aprobada por el Parlamento, «cae *per se*», es decir, al margen de su contenido relacionado con el DUE al que me acabo de referir, «dentro del ámbito de aplicación del Derecho UE por su impacto general en principios transversales como la independencia judicial, y/o el principio de separación de poderes como elementos del Estado de Derecho» (S. Iglesias and D. Sarmiento, «On amnesties and supranational judicial dialogue», *EU Law Live*, 8 de febrero de 2024). Si se aceptara que el Estado de Derecho (los contenidos de este principio), es un parámetro autónomo de control en la UE más allá de cualquier conexión específica con competencias de la propia Unión «esta novedad incorporará al terreno del Derecho Europeo un nuevo sector del Derecho extremadamente sensible», como son las amnistías votadas por parlamentos democráticos, «transformando el orden constitucional de la Unión» (S. Iglesias and D. Sarmiento, *cit.*) y convirtiéndose seguramente en un semillero de conflictos con los Estados, en concreto con sus legislativos que se verían en parte «desposeídos» de una competencia de alto valor simbólico como lo es el derecho de gracia.

Si el Tribunal de Justicia respondiera a las prejudiciales en los concretos aspectos en los que se cuestiona la LOA por su incompatibilidad con el Estado de Derecho, la medida del control no podría situarse, a tenor de los precedentes hasta ahora conocidos, fuera de los artículos 19.1 TUE y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. En cuanto al artículo 2 TUE, en el que se enuncia el valor del Estado de Derecho, y una vez aclarado que dicha disposición «no constituye una mera enunciación de orientaciones o de intenciones de naturaleza política, sino que contiene valores que, [...], forman parte de la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común, valores que se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros» (SSTJ C-156/21 y 157/21, de 16 de febrero de 2022, *Hungría c. Parlamento y Consejo*, y *Polonia c. Parlamento y Consejo*, respectivamente, § 232 y § 264) el control del Tribunal de Justicia debería ser deferente con el legislador democrático nacional. En otros términos, las «obligaciones jurídicamente vinculantes» derivadas del valor del Estado de Derecho no podrían conformar un parámetro exorbitante y alejado de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en la materia.

TITLE: *Academic survey about the right to grant pardons, amnesty and constitution*

ABSTRACT: *In this academic survey a group of Law Professors answer some questions on the right to grant pardons: its historical meaning and its scope in a social and democratic State governed by the rule of law, the regulation currently in force in Spain and its practice, and the exclusion of general pardons in Article 62 of the Spanish Constitution. Also, on whether an amnesty could have a place in the Spanish*

Constitution, under what terms and conditions, both formal and material; on the amnesty law passed in 2024, its constitutionality and its assessment from the perspective of EU law and the most relevant international standards on the matter.

RESUMEN: *En esta encuesta un grupo de profesores de Derecho Constitucional, Penal y Administrativo contestan un conjunto de preguntas sobre el derecho de gracia: su sentido histórico y a su alcance en un Estado social y democrático de Derecho, la regulación hoy vigente en España y su práctica, y la exclusión de indultos generales en el art. 62 de la Constitución. También sobre si una amnistía podría tener cabida en la Constitución española, en qué términos y condiciones, tanto formales como materiales; sobre la ley de amnistía aprobada en 2024, su constitucionalidad y su valoración desde la perspectiva del derecho de la UE y de los estándares internacionales más relevantes en la materia.*

KEY WORDS: *Right to grant pardons, amnesty.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho de gracia, amnistía.*

CÓMO CITAR / CITATION: Aguado, C. / Carmona, A. / Gil, A. / Linde, E. / López, A. / Sáiz, A. (2024). Encuesta sobre derecho de gracia, amnistía y constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, 54, 15-111.

