



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El derecho de gracia en la Constitución española: configuración y praxis institucional

Presentado por:

Juan Fuentes Gutiérrez

Tutelado por:

Juan Fernando Durán Alba

Valladolid, 3 de julio de 2024

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	7
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	9
2.1. Sentido histórico del “derecho de gracia”.	9
2.2. El derecho de gracia en el Estado Constitucional.	10
2.3. ¿Qué sentido tiene? Eventuales afectaciones a la separación de poderes y otros principios constitucionales.	12
3. EL INDULTO.	15
3.1. Definición y regulación.	15
3.2. Tipos de indulto.	18
3.3. Naturaleza jurídica del indulto.	20
3.4. El indulto desde el punto de vista de los beneficiarios.	22
3.5. El indulto desde el punto de vista del concedente.	24
3.6. Procedimiento para su concesión.	26
3.6.1. <i>Iniciación:</i>	27
3.6.2. <i>Instrucción:</i>	27
3.6.3. <i>Resolución:</i>	29
3.7. El control del indulto.	29
4. LA AMNISTÍA.	33
4.1. Concepto.	33
4.2.1. <i>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.</i>	35
4.2.2. <i>Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre Amnistía y Real Decreto Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia. Y Real Decreto Ley 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general y Real Decreto Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia</i>	
4.2.3. <i>La Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.</i>	38

4.3.	La ausencia de la amnistía en la Constitución. Debate sobre su constitucionalidad.....	39
4.4.	La amnistía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	45
5.	LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA PARA LA NORMALIZACIÓN INSTITUCIONAL, POLÍTICA Y SOCIAL EN CATALUÑA.....	51
5.1.	Contexto y antecedentes.	51
5.1.1.	<i>Indultos a los condenados por el “procés catalán”.....</i>	<i>53</i>
5.2.	Debate sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.	55
5.3.	Análisis del articulado de la Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña.	60
5.4.	Comparación con la Ley de Amnistía de 1977.	63
5.5.	La Ley Orgánica de Amnistía a la luz de los distintos informes. ..	65
5.5.1.	<i>Observaciones Técnicas a la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña.....</i>	<i>65</i>
5.5.2.	<i>Informe de la Secretaría General del Senado sobre la Inconstitucionalidad del Dictamen del Pleno del Congreso sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social de Cataluña.....</i>	<i>66</i>
5.5.3.	<i>Informe CGPJ sobre la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.....</i>	<i>70</i>
5.5.4.	<i>Comisión de Venecia.....</i>	<i>71</i>
6.	CONCLUSIONES.....	77
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y OTROS RECURSOS.....	83

RESUMEN:

El derecho de gracia es una de las reminiscencias jurídicas que siguen vigentes en nuestro sistema, que a priori tienen una difícil justificación en un Estado Constitucional, ya que constituye un beneficio a un sujeto o sujetos determinados por una decisión ajena a la labor jurisdiccional. Por ello, analizaremos los antecedentes históricos, su sentido actual y fundamentalmente las dos figuras características, el indulto y la amnistía, centrándonos en su acomodo constitucional, y realizando un análisis de la figura con carácter general y también aplicado a casos concretos. En el ámbito de la amnistía nos centraremos en el debate de su admisibilidad, derivado de su ausencia en la Constitución, y en el estudio de la reciente Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña.

PALABRAS CLAVE:

Derecho de gracia, indulto, amnistía, Estado Constitucional, Estado de Derecho, separación de poderes, principio de igualdad, excepcionalidad, ausencia constitucional, control, justificación.

ABSTRACT:

The right of pardon is one of the legal remnants that remain in force in our system, which at first glance have a difficult justification in a Constitutional State, as it constitutes a benefit to a specific individual or individuals by a decision unrelated to the judicial process. Therefore, we will analyze the historical background, its current meaning, and fundamentally the two characteristic figures, the pardon and the amnesty, focusing on their constitutional accommodation, and conducting an analysis of the figure in general and applied to specific cases. In the realm of amnesty, we will focus on the debate over its admissibility, stemming from its absence in the Constitution, and on the study of the recent Law of Amnesty for Institutional, Political, and Social Normalization in Catalonia.

KEY WORDS:

Right of pardon, pardon, amnesty, Constitutional State, Rule of Law, separation of powers, principle of equality, exceptionality, constitutional absence, control, justification.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto el análisis del Derecho de Gracia, y sus instituciones fundamentales, indulto y amnistía, desde el punto de vista del acomodo y sentido constitucional.

Estamos ante unas figuras realmente controvertidas, si bien han sido empleadas históricamente, hoy en día, no podemos negar que, en un Estado Constitucional moderno, a priori no encontrarían acomodo. Y es precisamente por esto, por lo que resulta interesante adentrarnos en su estudio, así como en el debate de su pervivencia.

Cuando se hace uso de estas instituciones, se entiende que estamos ante una actuación excepcional, tanto formal como materialmente, ya que objetivamente estamos ante una intromisión del Poder Ejecutivo en el ámbito de actuación exclusivo de los jueces, como garantiza nuestra Constitución, así como una excepción al propio sistema y principios constitucionales, tales como la separación de poderes o el principio de igualdad, si bien es una excepción constitucionalizada, que precisa de un desarrollo legal.

La figura predominante en nuestro país ha sido y es el indulto particular, ya que los indultos generales aparecen proscritos en la propia Constitución. Es por ello, que entraremos en el análisis de la figura, así como del procedimiento establecido para su concesión. Pero es importante en este punto adentrarnos en dos aspectos; su sentido en el marco de un Estado Constitucional, y por otro lado su control.

En relación con su sentido, se viene reconociendo especialmente cuando en aplicación estricta de la legislación penal se llega a unas consecuencias demasiado gravosas en relación con el daño causado, si bien debe ser matizado, debemos atender a otros principios y estar ante situaciones realmente excepcionales con objeto de causar el menor menoscabo de otros principios como el de igualdad en la aplicación de la ley, así como en el principio de separación de poderes. En definitiva, la concesión de un indulto para encontrar acomodo actualmente debe regirse ante una situación de verdadera excepcionalidad y la aplicación restrictiva, y encontrar una suficiente justificación.

Además, como se ha dicho, estamos ante una intromisión del Gobierno en el marco de actuación de los jueces, ya que supone dejar sin efecto las penas impuestas, total o parcialmente, a un determinado sujeto, y como tal debe ser controlado, ya que entramos en parcelas realmente complicadas de delimitar, como el debate entre discrecionalidad o arbitrariedad. Además, si bien, está regulado el procedimiento para su concesión,

encontraremos serias lagunas precisamente por encontrarnos ante una ley de 1870 no adecuada al Estado de Derecho existente, e igualmente encontramos deficiencias en cuanto a su posible control jurisdiccional, ya que básicamente se limitará a las cuestiones formales, y estando ante un acto de esta dimensión quizá requeriría un examen más exhaustivo, del mismo modo existe una tendencia a la menor justificación en la concesión de indultos que sin embargo no puede invalidarlos.

En el ámbito social, estamos acostumbrados a leer situaciones controvertidas en las que se han concedido indultos, además ha sido común entre los distintos partidos políticos hacer promesas dirigidas a regular y limitar el uso de estas figuras si bien no se ha realizado, ni siquiera se ha actualizado la vetusta regulación. Pero más allá de no haber intervenido en este ámbito, hemos visto situaciones en las que el uso de estas figuras ha tenido un carácter político, lo cual no debería tener cabida en ningún caso porque escaparía del sentido que se le ha dado al derecho de gracia en un estado constitucional.

Del mismo modo, encontramos la figura de la amnistía, que, si bien hasta ahora existía un debate de carácter más doctrinal en cuanto a su admisibilidad por la ausencia de referencia en nuestra Constitución se ha convertido ahora en un debate doctrinal, político y social, debido a la aprobación de la Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Hasta ahora, la referencia más reciente era la Ley de Amnistía de 1977 elemento fundamental de la transición política, por tanto, realizaremos una comparación entre estas dos leyes.

A este respecto, trataremos la admisibilidad de la figura en carácter abstracto y concretamente analizaremos la reciente y polémica ley. De nuevo, debemos hacer referencia al aspecto del sentido y acomodo que puede encontrar una figura cuyos efectos además son mucho más intensos que los del indulto en el seno de un Estado Constitucional. Si el indulto ya lo vinculamos a la excepcionalidad, la amnistía aún con más razón ya que no se limita a perdonar unas determinadas penas, sino que supone un borrón absoluto, no invalida una sentencia sino todo un sistema. Este carácter excepcional debe ser puesto en duda en el contexto de la reciente ley, que más bien responde a una motivación de necesidad política, lo cual es a todas luces injustificable aun admitiendo la admisibilidad de la amnistía como figura. Para ello analizaremos su articulado, así como distintos informes y la multitud de artículos publicados desde la presentación de la ley.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. Sentido histórico del “derecho de gracia”

Entendemos derecho de gracia como una manifestación directa de la facultad soberana de un determinado órgano, que a lo largo de la historia se ha ido reflejando en distintas formas, con capacidad para eliminar las consecuencias jurídicas desfavorables que a un determinado sujeto se le han podido imponer de acuerdo con las normas jurídicas, no es sino una forma de perdón.

Su existencia se remota a tiempos inmemoriales, naciendo con cierta conexión a la divinidad, al igual que las antiguas formas de gobierno, en las que el que ostentaba el poder lo hacía por tener una especial vinculación con ella.

Debemos señalar una idea fundamental, en la que indagaremos e insistiremos a lo largo de todo el trabajo; estamos ante una excepción, una anomalía, al normal funcionamiento del poder jurisdiccional, ya que las formas que puede adoptar el derecho de gracia en todo caso suponen una intromisión en la labor del poder judicial y en las resoluciones que llevan aparejadas las consecuencias que se perdonan.

Es cierto también, que este punto tiene ahora más sentido, desde el desarrollo de la idea de la separación de poderes, es por eso por lo que antiguamente podemos encontrar más justificado su uso en la más que habitual concentración de poderes en una sola figura que se ha venido dando a lo largo de la historia.

Como ya se ha señalado, en un sentido histórico aparece desde tiempos muy remotos y, además, de una forma ampliamente generalizada. En relación con la idea de divinidad que hemos mencionado, el autor CÉSAR AGUADO¹ citando los trabajos de B. CONSTANT y CAMPAGNOLO lo caracteriza como un atributo de ésta, entendido como medio para equilibrar la justicia, divinidad que es trasladada al Rey como representante de Dios en la tierra.

¹ AGUADO RENEDO, C., *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Civitas, Madrid, 2001.

De una forma más concreta podemos señalar distintos documentos en los que ya se encuentran referencias de figuras que son perfectamente subsumibles en la institución del derecho de gracia; en este sentido, el autor HERRERO BERNABÉ² señala como el Código de Hammurabi ya contiene una serie de edictos que mencionan la idea de los perdones; en los libros sagrados de la India, igualmente como atributo de la delegación divina legitimadora del poder; en el antigua Egipto, de nuevo mediante esta delegación divina, que se refleja tanto en el *ius puniendi* como en la facultad de perdonar e igualmente aparece en el pueblo judío, aquí con una particularidad, es ejercido mediante el pueblo reunido en asamblea. Así se refleja en los textos bíblicos, el autor CÉSAR AGUADO, pone como ejemplo el famoso pasaje de la pasión de Jesucristo en el que el procurador Pilatos dio la opción al pueblo de salvar a uno de los dos prisioneros.

Y de esta forma ha ido perviviendo hasta nuestros tiempos en prácticamente todos los sistemas penales.

2.2. El derecho de gracia en el Estado Constitucional

A tenor del tema que nos ocupa, conviene realizar también el estudio de los antecedentes desde una perspectiva constitucional. En este sentido el ejercicio del derecho de gracia ha sido también una constante en la historia constitucional de nuestro país.

Ya encontramos referencias a ello en la Constitución de 1808, encomendando dicha facultad al Rey, añadiendo la exigencia de previa audiencia al Ministro de Justicia. La norma fundamental de 1812 sigue en la línea, añadiendo una idea fundamental, y es que la facultad de gracia será ejercida por el Rey “con arreglo a las leyes”, esta exigencia se incorporará a las continuas regulaciones del derecho de gracia, siendo una importante innovación que resta arbitrariedad a esta facultad históricamente ligada al poder del Rey, sin ningún medio de control, ahora es la ley la que legitima tanto la concesión como el modo de ejercitarla. En el proyecto de Constitución de 1856 se produce la primera distinción de los tipos de gracia, encontrando el indulto particular y el general, este último con objeto de prohibirlo, de la misma forma distingue entre las figuras de indulto y amnistía.

Posteriormente aparecerá la Constitución de 1869, que, frente al proyecto anterior, aparece la distinción, pero para permitirlos siempre y cuando se concedan bajo la condición de una ley especial de autorización. En la norma de 1876 desaparece esta distinción y no será hasta la Constitución de 1931 en el que aparecerá de nuevo su prohibición.

² HERRERO BERNABÉ, I., “Antecedentes históricos del indulto.” *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, p. 688.

En relación con la distinción entre indulto y amnistía, su primera precisión se realiza en el proyecto de Bravo Murillo de 1852, lo recogerá también la de 1856 exigiendo dicha ley especial de autorización al Rey para poder ejercer la amnistía, régimen que se mantiene también en el texto de 1869. Por último, hay que señalar que la Constitución de la Restauración no se refiere a las amnistías.

A continuación, cabe señalar el anteproyecto de constitución monárquica de 1929 por las pequeñas novedades que introduce entonces conforme a los antecedentes estudiados. Se diseña un régimen hasta entonces novedoso, mantiene en la figura del Rey la facultad de la gracia “como Jefe supremo del Poder Ejecutivo” sigue la expresión señalada que introdujo la Constitución de 1812 “conforme a las leyes”. Pero innova en el método de concesión haciendo partícipe al Consejo de Ministros en la elaboración de los expedientes, pasando a ser entonces un acto propio del poder ejecutivo, mientras que en la amnistía se mantiene la reserva de ley pero no solo para su regulación sino también para su concesión, en síntesis, la facultad de gracia ampliamente entendida, incluyendo la concesión de la amnistía pertenece al Rey para esta última además debe haber una previa aprobación de la ley de cada concreta amnistía.

Parece que este régimen es el que confirma también la Constitución republicana de 1931, aunque da un paso más en la regulación, como señalamos ya se prohíben expresamente los indultos generales, y el caso de las amnistías las reserva específicamente a la aprobación del Parlamento. Y a mi juicio la gran novedad aparece en cuanto a los indultos particulares, cuya concesión pasa a manos del Tribunal Supremo a petición del tribunal sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte, reservando la facultad al Presidente de la República únicamente para delitos de extrema gravedad, JÍMENEZ DE ASÚA presidente entonces de la Comisión Jurídica Asesora, explica que esta pervivencia de la facultad del indulto en manos del Presidente de la República se centra principalmente en la no abolición expresa de la pena de muerte en la Constitución, dejando en manos del Presidente la posibilidad de indultar “pueden existir para la gracia motivos políticos que el Jefe del Estado apreciará mejor que el Tribunal Supremo”³. Pero además de limitar a esta única posibilidad la concesión del indulto por parte del Presidente, establece como exigencia un previo informe del Tribunal Supremo, que pese a no ser vinculante si es preceptivo.

³ JÍMENEZ DE ASÚA, L., *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, editorial Reus, Madrid, 1932, p.422.

Cambia por tanto todo el sistema que venía siendo habitual hasta el momento, acercando más la institución a la idea de separación de poderes, y alejando su concesión de la discrecionalidad, estableciendo límites y procedimientos estrictos.

Tras la Guerra Civil, y la instauración del Régimen de Franco, no tiene mayor interés ya que en el sentido de un régimen autocrático, el ejercicio le correspondía al Jefe del Estado sin mayor regulación.

Y con estos precedentes llegamos a la actual constitucional que no hace una especial, ni extensa mención a la facultad de gracia. En síntesis, encontramos referencia a ella: de forma más expresa en el artículo 62 letra i) atribuyendo al Rey la potestad, siempre de acuerdo con la ley y prohibiendo los indultos generales. De la misma manera encontramos referencias, pero ahora como límites a esta potestad, en el artículo 87.3 negando la posibilidad de emplear la iniciativa popular en el ámbito de la gracia, y por último en el art.102.3 limitando la aplicación de la gracia, concretamente prohibiendo conceder la gracia a los casos de responsabilidad criminal de los miembros del gobierno. En base a esta regulación y demás normas de carácter infra constitucional, así como la jurisprudencia, realizaremos el análisis de este trabajo.

2.3. ¿Qué sentido tiene? Eventuales afectaciones a la separación de poderes y otros principios constitucionales

Es con la aparición de los estados modernos constitucionales, la idea de la separación de poderes y movimientos como el racionalista francés con lo que se empieza a dudar de su sentido, ya que nos encontramos ante una total intromisión en la labor del poder judicial, pero insistiendo en que ahora nos encontramos con Estados que cuentan con una delimitación de las facultades de los distintos poderes, unos determinados valores constitucionales y principios tan fundamentales ligados a la idea de Estado de Derecho como el principio de legalidad, la sujeción de todos los ciudadanos, pero también de todos los poderes públicos, al ordenamiento jurídico, el principio de igualdad ante la ley, el derecho a un tutela judicial efectiva, reflejado en exigencias como la labor de los jueces independientes, todo un sistema que queda roto cuando ante una misma situación un sujeto puede ser librado discrecionalmente, a grandes rasgos, de las condiciones desfavorables mientras otro que haya seguido la misma conducta tiene que enfrentarse a ellas.

Junto con esta quiebra de la separación de poderes, la difícil justificación de estas figuras en un Estado de Derecho moderno señala también el autor CÉSAR AGUADO,

que se produce una obvia contradicción, encontramos, por un lado, lo que la ley determina y a su contra se produce una inejecución de lo dispuesto “solamente” por la decisión arbitraria o discrecional, también existe debate en este punto, de quien tiene la potestad de gracia.

En este sentido, recalcar una idea prácticamente unánime en la doctrina, y es que en todo caso los supuestos de gracia suponen una excepcionalidad en un los Estados constitucionales. GARCÍA MAHAMUT, señala que “la principal objeción que se presenta, en términos genéricos, a la manifestación de la prerrogativa de gracia radica en que supone en la actualidad, y en no escasa medida, un atentado al principio de separación de poderes característico del Estado de Derecho, ya que significa una intromisión del Poder Ejecutivo en el ámbito judicial”⁴. Partiendo de esta idea, el sentido que ahora cobra esta facultad se ha encontrado en la búsqueda de la justicia material, para supuestos en los que una estricta e inflexible aplicación de la ley pueda dar lugar a resultados injustos.

Así aparece también en la jurisprudencia, la reciente Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2023, Rec, n.º 545/2022 que aúna estas dos ideas afirmando que la gracia supone “una intromisión del poder ejecutivo en los resultados de un proceso penal, seguido con todas las garantías y en el que se ha impuesto por los tribunales la consecuencia (pena) prevista en la Ley para quien ha cometido un delito. La gracia del indulto, aun justificada por su existencia en el intento de la consecución de la justicia material del caso concreto inspirado en el valor justicia (art.1 CE), es una prerrogativa excepcional que solo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma Estado de Derecho, sujetándose al principio de legalidad, con lo que ello supone como límite, pero también de presupuesto habilitante”

Se viene entendiendo la concesión de un indulto en esta búsqueda de la justicia material, por ejemplo, en el caso de que se haya impuesto una pena excesiva en atención al daño causado, que no pueda ser modificado por ninguna otra vía, es decir, un “un instrumento de corrección del sistema penal sustantivo y procesal”⁵. Siguiendo con el estudio de GARCÍA MAHAMUT, “si esta es la única función del indulto en un Estado social y democrático de Derecho difícilmente se puede justificar que al Gobierno le

⁴ GARCÍA MAHAMUT, R., *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p.32.

⁵ *Ibidem*, p.261

corresponda materialmente decidir en esencia y última instancia la concesión o denegación de tal gracia”⁶. Por tanto, deben apreciarse otras funciones con arreglo al orden constitucional, como el empleo de la gracia en supuestos excepcionales como instrumento de pacificación social.

Para GARCÍA SAN MARTÍN, “únicamente cuando la ley penal y la aplicación de la misma al caso concreto, por los Jueces y Tribunales, no haya alcanzado la realización de la justicia al referido supuesto concreto, es cuando encuentra fundamentación y deviene operativo el instituto del indulto.”⁷

Sobre esta idea Luis Rodríguez Ramos da un paso más, de nuevo incide en la idea de la excepcionalidad de la figura de la gracia, como una real invasión de competencias en una Constitución que recoge la separación de poderes, afirmando que estamos ante una “inconstitucionalidad constitucionalizada”⁸, ya que en un análisis global de todos los principios que forman nuestro sistema legal la potestad de gracia aparece como un elemento ajeno a todo ello, que rompe y queda fuera de un sistema constitucional de Derecho como del que gozamos. Al hilo de lo anterior reproduce la idea de Carracedo Carrasco, de que la figura del indulto en sí no tiene justificación constitucional más allá la “justificación transicional de remediar injusticias o inequidades en sentencias firmes que no tengan solución en el vigente e incompleto sistema jurídico penal o penitenciario”⁹

Es por esto, que existe un gran debate doctrinal que ha pervivido hacia nuestro tiempo sobre la justificación de la existencia aún de estas figuras.

⁶ Ídem.

⁷ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *El Indulto Tratamiento y Control Jurisdiccional*. 2a. ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.43.

⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis., “El indulto y la amnistía en la Constitución”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 108-109, diciembre 2023 - enero 2024, p. 158-159.

⁹ CARRACEDO CARRASCO, Eva et al. *Pena e indulto: una aproximación holística*. 1ªed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra 2018.

3. EL INDULTO

3.1. Definición y regulación

Como venimos señalando actualmente se ha reducido el ejercicio de la gracia a dos figuras fundamentales: la amnistía y el indulto. Como primera caracterización de los términos señalamos que el indulto supone el perdón y la amnistía, el olvido.

Comenzando por el indulto, como figura más extendida y con una regulación concreta, debemos señalar que supone librar a un determinado sujeto de cumplir las consecuencias penales que se le han impuesto fruto de una actuación contraria a la Ley. Por eso comenzamos esta caracterización señalando que en esencia se trata de un perdón. El indulto, puede ser particular o general, en función de si su aplicación se destina a un caso concreto o una pluralidad de sujetos. En relación con la regulación, la previsión del derecho de gracia se encuentra constitucionalizado, en concreto en el artículo 62 letra i) de la Constitución “Corresponde al Rey: [...] i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.” En este caso, además vemos como constitucionalmente viene limitado el ejercicio de la concesión de indultos exclusivamente a los particulares, prohibiendo expresamente los generales, razón por la cual centraremos el presente trabajo en el análisis de los indultos particulares, la figura de gracia por excelencia en nuestro país.

Y, por otro lado, el ejercicio de su concesión viene regulado en la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia del indulto. Aspecto ampliamente debatido por la doctrina, ya que podemos observar cómo no se ha actualizado la norma de concesión de indultos, operando aún una norma que data de 1870, que muchos consideran desfasada y no del todo acorde con el Estado de Derecho actual, así como a la Constitución de 1978. Del mismo modo una cuestión controvertida es el control de su concesión, así como los requisitos que la Ley impone para su ejercicio, existiendo dudas de que en la práctica exista un control real y que pueda derivar en un acto de arbitrariedad.

Asunto distinto, y aún más controvertido es la figura de la amnistía. Señalábamos inicialmente que la amnistía era el olvido, esto es así porque a diferencia del indulto no parte de la aceptación de la comisión de una acción penalmente reprochable eximiendo del

cumplimiento de la pena. *La amnistía da un paso más definiendo que una serie de actos que en el momento de su comisión eran delito, tras su promulgación no tendrán dicha consideración.* Juan Luis Requejo Pagés¹⁰ señala como de la etimología de la expresión extraemos la idea de “amnesia del Ordenamiento” incidiendo en que la amnistía no solo exculpa, sino que, puede eliminar de raíz el acto sobre el que se proyectó la inculpación o la norma de la que la inculpación resulta. En todo caso, tanto históricamente como los ordenamientos que siguen haciendo uso de esta figura se ha venido admitiendo que su concesión era facultad del Parlamento mediante Ley.

La controversia entra al analizar el encaje legal que puede tener esta figura en nuestro ordenamiento ya que la Constitución no hace referencia a ella. De forma muy sintetizada, encontramos en la doctrina dos posturas, por un lado, aquellos que defienden que al tratarse de una facultad del Parlamento, este no está sujeto a límites en cuanto a los aspectos que quiera regular, más allá de ir en contra de la Constitución, frente a los que defienden que la amnistía es una figura que no cabe en el ordenamiento al no encontrarse mencionada en la Constitución, y que además, entienden que la expresa prohibición de los indultos generales haría imposible justificar que pueda ejercerse la amnistía, ya que si está prohibido lo menos estará prohibido lo más.

En el ordenamiento español encontramos el indulto como la figura tipo del derecho de gracia, concretamente los particulares, debido a la exclusión constitucional de los indultos generales y el silencio que existe sobre la amnistía.

Como hemos señalado el fin de esta figura es el perdón del cumplimiento de la pena una vez impuesta. Así lo define el Diccionario panhispánico del español jurídico “Medida de gracia que puede adoptar el Consejo de Ministros por la que se dispone la remisión de todas o de alguna de las penas impuestas al condenado por sentencia judicial firme.” Encontramos aquí tres elementos fundamentales, el sujeto concedente, la finalidad y un requisito esencial que existe una sentencia judicial firme.

GIMENO GÓMEZ, entiende el indulto como "manifestación del derecho de gracia en virtud del cual se perdona al penado el todo o parte de una pena o se le conmuta por otra más suave.

¹⁰ REQUEJO PAGÉS, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español” *Revista electrónica de Historia Constitucional*, núm. 2, 2001, p.83.

En rigor, significa pues perdón de la pena, luego no puede ser aplicado sino a los condenados por sentencia firme; no obstante, en los indultos generales se hace en ocasiones extensivo el beneficio a los meramente procesados, originándose el llamado indulto anticipado"¹¹

En cuanto a su regulación, encontramos en primer lugar el reconocimiento constitucional en el art.62 letra i) contemplando el derecho de gracia con carácter general que será ejercido conforme a la ley, es por ello, que la regulación concreta la encontramos en la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. Es resaltable la antigüedad de la ley que, en la actualidad continua vigente solamente modificada en dos ocasiones, por la Ley de 14 de enero de 1988 y por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, esta última introdujo una disposición adicional que obliga al Gobierno a remitir al Congreso de los Diputados, de forma anual, un informe sobre la concesión y denegación de indultos. Circunstancia no exenta de críticas, tanto por la mencionada antigüedad, dudando también de que la constitución al mencionar “con arreglo a la ley” quisiera referirse a perpetuar dicha ley como el deficiente método de regulación que deja muchos aspectos con una regulación realmente escasa, estos argumentos, entre otros, los detalla Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles¹².

En este sentido, hay autores que van un paso más allá afirmando la inconstitucionalidad de dicha ley entendiendo que no cumple con las actuales exigencias de la constitución, señala Rodríguez Ramos “este texto legal no se ajusta a las exigencias de la vigente constitución al permitir tanto la arbitrariedad del Gobierno cuanto la patente desigualdad de ciudadanos ante la ley, cuando se concede a unos y se deniega a otros en igualdad de circunstancias, sin tener oportunidad de reclamar ante la jurisdicción”.¹³

Centrando el análisis en la regulación constitucional, además del artículo 62 ya mencionado, encontramos escasas menciones, apareciendo en el artículo 87.3 que prohíbe el ejercicio de la iniciativa legislativa popular en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

¹¹ GIMENO GÓMEZ, V., “La gracia de indulto” *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*. Núm. 4, Madrid, 1972, p.898.

¹² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier., “Una lectura crítica de la Ley del indulto”, *Revista para el análisis del Derecho*. 2008, p.4.

¹³ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis., ob. cit. Pág. 160.

Y posteriormente encontraremos la última referencia en el artículo 102 apartado tercero que señala que la prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo. Lo que dicen los apartados precedentes es lo siguiente, el primero señala que “La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” y el segundo “Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo”. Debemos advertir que existe sobre esta referencia un debate, sobre qué es lo que concretamente excluye el apartado tercero. Se duda sobre si se debe entender como un supuesto en el que los miembros del Gobierno no pueden ser indultados mientras estén en el ejercicio de su cargo, independientemente de cuándo hubieran cometido los hechos o si no cabe la posibilidad de indultarles si los hechos se han cometido durante su estancia en el Gobierno, independientemente de si fuera o no en ejercicio del cargo y del momento de concesión del indulto. Se viene entendiendo que la interpretación correcta es la primera, así lo señala VILLARINO MARZO¹⁴ señalando que “su justificación radica en evitar que el Gobierno pudiera ostentar la condición de juez y parte, en cuanto que le competiría la concesión del indulto por la sentencia firme dictada contra uno de sus miembros.”

3.2. Tipos de indulto

Podemos encontrar distintos tipos en función del criterio de diferenciación que escojamos. Si nos fijamos en los efectos, encontramos el indulto total frente al parcial. Sin mayor complejidad, como su propio nombre indica el indulto total perdonará todas las penas por las que haya sido condenado el beneficiado, mientras que el parcial solo le absolverá del cumplimiento de alguna de ellas. Esto aparece regulado en la propia Ley del Indulto, en su Capítulo II definiendo esta distinción en su artículo 4º “Será indulto total la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente.”

¹⁴ VILLARINO MARZO, J., “El indulto en España” *Revista de las Cortes Generales*, 2005, núm. 66, p. 67.

Otra distinción ya mencionada, será tomando como criterio el o los destinatarios, encontrando de un lado el indulto particular y por otro el indulto general. El primero de ellos, será aquel que se otorga de manera individualizada a una persona concreta por unos hechos concretos. En cambio, el general irá destinado a sujetos indeterminados que hayan cometido el mismo acto delictivo. En nuestro ordenamiento debemos volver a señalar que los indultos generales quedan proscritos en la propia Constitución en su artículo 62 letra i).

En función del momento de su concesión encontraremos el indulto anticipado y el *post sententiam* este es un elemento ciertamente confuso, y también una de las deficiencias que la vetusta ley plantea. Plantearemos el indulto anticipado como una excepción a la regla general, en una lectura conjunta de los primeros artículos de la Ley encontramos que no podrán ser beneficiados con el indulto aquellos que no hayan sido condenados por sentencia firme, sin embargo es el artículo tercero el que introduce dicha excepción señalando que dicha exigencia “no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal.” dando a entender que en estos casos podría haber un indulto sin existir aún una condena por sentencia firme. Pero la deficiente redacción del artículo ha provocado discusión en la doctrina.

Debemos señalar que el artículo segundo establece tres supuestos por los que en principio no cabe el indulto, que no exista sentencia firme condenatoria, que el sujeto no estuviere a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena y que exista reincidencia en el mismo o en otro cualquiera delito por el cuál hubiesen sido condenados por sentencia firme. Por una parte, encontramos aquellos que defienden que el artículo tercero en relación con los delitos en él expresado puede ser aplicable a los tres supuestos establecidos en el artículo segundo. Y, por otra parte, los que consideran que no puede entenderse que quepa un indulto sobre personas que no han sido condenados por sentencia firme, y que por tanto entienden que el artículo tercero está destinado a los otros dos supuestos que recoge el artículo dos. El argumento es que carece de sentido que una figura destinada a perdonar el cumplimiento de una pena pueda otorgarse si no hay una sentencia firme que constatare que se ha cometido un delito y que existe una responsabilidad y, por tanto, una pena que cumplir. Partidario de esta postura se encuentra por ejemplo

LINDE PANIAGUA¹⁵, igualmente entiende GARCÍA SAN MARTÍN “del todo ilusorio y desafortunada tal consideración, así, por una parte, porque la exigencia de que exista condena mediante sentencia firme para que el reo pueda ser indultado, concilia directamente con la propia naturaleza, con los elementos que definen y caracterizan, y desde antaño han definido y caracterizado, la institución del indulto particular: porque extender los efectos del indulto particular cuando la responsabilidad penal no está determinada supone desvirtuar la institución, desconfigurándola y constituyéndola en un híbrido con otras formas de gracia como la amnistía”¹⁶.

3.3. Naturaleza jurídica del indulto

Como venimos señalando desde el punto de vista constitucional encontramos escasas referencias, siendo la principal la atribución de la potestad de gracia al Rey, artículo 62 letra i) de la Constitución. Por tanto, a primera vista podemos caracterizarlo como una función del Rey, pero tal ejercicio como sabemos no determina que sea él quien tenga la potestad material de concederlo, por el papel que toma el Jefe del Estado en la presente Constitución y la necesidad de refrendo de sus actos, sino que lo ejerce como representación del Estado. Al estar ante una figura que constituye una clara excepción al Estado de Derecho y por ende a la propia Constitución, la intervención del Rey como máximo representante del Estado parece justificada.

Entrando a valorar el acto en un sentido más formal, se vienen caracterizando estas actuaciones del Rey como “actos debidos” como aquellos sobre los que el Rey no tiene poder real de decisión, pero en los que si debe intervenir para perfeccionarlos. Merino Merchán además clasifica la potestad de gracia en un grupo que denomina “funciones persuasivas o de influencia” que señala que son aquellas derivadas del “status” de Jefe del Estado, actuaciones arraigadas en su *auctoritas*.¹⁷

Hay autores que además señalan que estamos ante una manifestación del *ius puniendi* del Estado. Como venimos señalando se trata de una competencia del Estado, en su más amplio sentido, con la intervención de los tres poderes, en ejercicio de su soberanía. Esta

¹⁵ LINDE PANIAGUA, E., *Amnistía e indulto en España*, Tucar ediciones S.A. Madrid, 1976, p. 180, entiende que en los supuestos del artículo 3 de la Ley de gracia del indulto se puede aplicar el indulto sin mediar sentencia previa alguna.

¹⁶ GARCÍA SAN MARTÍN., ob. cit. P.54.

¹⁷ MERINO MERCHÁN, José Fernando., “Sinopsis artículo 62 CE” Web Constitución Española del Congreso de los Diputados.
<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=62&tipo=2>

postura defiende que si el *ius puniendi* como competencia del Estado para castigar y determinar los hechos constitutivos de delito, es también manifestado en su vertiente negativa en la determinación de lo que no se debe castigar o de que dicho castigo no se aplique.

Desde el punto de vista del derecho penal, entendemos la figura del indulto como una circunstancia de extinción de la responsabilidad penal, y así figura en el Código Penal en su artículo cuatro. Teniendo siempre en cuenta que esto no quita validez a la declaración de dicha responsabilidad, es decir, exime únicamente de la o las penas que lleve aparejadas.

Centrando el estudio en una perspectiva más formal, podemos comenzar señalando que estamos ante una institución en la que participan los tres poderes del Estado¹⁸ ya que como venimos explicando, el Poder Judicial actúa desde el momento en el que existe una condena que acredita la responsabilidad criminal del beneficiario, todo ello de acuerdo con la normativa aprobada por el Parlamento, tanto del hecho delictivo como desde el punto de vista de la concesión del propio indulto, y por último el Poder Ejecutivo como órgano competente para concederlo. A raíz de esto encontramos dos posturas sobre la naturaleza jurídica del indulto, de un lado la consideración como un acto de la administración de Justicia, y de otro, como acto de gobierno.

La primera postura parte del artículo 117.3 CE, el cual establece que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan” por tanto, ante una interpretación amplia del precepto entiende que el indulto al incidir en labores del ámbito judicial constituye un verdadero acto de la administración de justicia. Continuando con la tesis de VILLARINO MARZO esta consideración parte de una confusión de interpretación del concepto de justicia, ya que en el caso particular del indulto el concepto de justicia no se refiere a la competencia de impartirla que tienen encomendada los Jueces y Tribunales, sino que se trata de engloba dentro del mandato constitucional al Gobierno de alcanzar la justicia material.¹⁹

¹⁸ VILLARINO MARZO, J., ob. cit. Pág. 68.

¹⁹ Ídem.

Como venimos señalando, el indulto parte de una correcta actuación de la justicia, no teniendo como fin la corrección de una determinada actuación ni la invalidación de la sentencia condenatoria, sino que tiene otra naturaleza. Del mismo modo que tampoco está destinado a corregir los efectos de determinadas leyes, ya que para ello está el poder legislativo. Como sabemos la labor del indulto será atenuar o eximir de los efectos que provoca la aplicación de una ley por razones de justicia, equidad o utilidad pública.

En base a todo lo expuesto surge la consideración del indulto como acto de gobierno, que como veremos después es a quien realmente corresponde su concesión. Es nuestro ordenamiento el que configura este mecanismo como competencia exclusiva del Gobierno para alcanzar la justicia material. Además, VILLARINO MARZO señala que esta es la tesis correcta ya que los indultos se pueden incluir en el elenco de actos del gobierno que recoge el artículo 2 letra a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, añadiendo que como actos de gobierno están sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa²⁰. El asunto del control del indulto es realmente polémico y complicado, y lo estudiaremos en un apartado posterior.

Y por último hay que añadir que el indulto entendiéndolo como acto administrativo del Gobierno está sujeto a la normativa del procedimiento administrativo, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

3.4. El indulto desde el punto de vista de los beneficiarios

El primer artículo de la Ley del Indulto señala que podrán ser indultados “los reos de toda clase de delitos” “con arreglo a las disposiciones de esta Ley, de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido”.

A continuación, el artículo 2 señala las excepciones a dicha regla de generalidad. Entendiendo que no podrán ser indultados los que aún no hayan sido condenados por sentencia firme, los que no estuvieran a disposición del Tribunal sentenciador para cumplir condena y los reincidentes del mismo o cualquier otro delito condenado en firme, en este último caso “se exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador hubiera razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia.” Este artículo en relación con el tercero nos lleva al debate que hemos analizado

²⁰ *Ibidem*. Pág. 69.

previamente sobre los indultos sin sentencia firme. Se han planteado dudas en cuanto al término de reincidencia que ha ido variando a lo largo de la legislación penal, LLORCA ORTEGA se plantea la duda de si “cuando la Ley de 1870 habla de reincidentes ¿se refiere al concepto de reincidentes regulado en el artículo 22-8ª del Código Penal actual?”²¹ finalmente señala GARCÍA SAN MARTÍN que bajo su punto de vista “es utilizado en una acepción vulgar, de modo que bastará una anterior condena por delito, cualquiera que sea su naturaleza y gravedad, para que nazca el impedimento al otorgamiento de la gracia”.²²

Debemos señalar que pese a estudiar los sujetos pasivos y activos del indulto, no estamos como tal ante un derecho, ni ante una expectativa de derecho²³ (pese a la denominación de derecho de gracia). Es decir, no existe ningún deber de los poderes públicos de atender la solicitud y otorgar el beneficio. Si podríamos enmarcar la petición en sí del indulto en el derecho fundamental de petición reconocido en el artículo 29 de nuestra Constitución, pero reiteramos, que el derecho a pedirlo no se traduce en un derecho a su concesión.

Debemos señalar que los efectos que tiene sobre el beneficiario son la remisión total o parcial de la pena, o bien su conmutación. Que el indulto de la pena principal lleva consigo el de las accesorias, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y nunca comprenderá la indemnización civil.²⁴

Existe un debate sobre la posibilidad de renuncia del indulto que, en resumen, adopta dos posturas, que se sustentan en función de que se tome como centro de la acción del indulto, si es el individuo o la actuación del Estado. Los partidarios de tomar como referencia la actuación del Estado, entienden la gracia como acto de autoridad. Frente a ella, los que consideran el individuo la referencia principal, entendiendo el indulto como una “oferta” del Estado hacia él, que, por tanto, se relacionará con derechos tan básicos como la libertad y autonomía individual que permitiría sin duda el poder renunciar a ello. Es cierto que existe poca jurisprudencia al respecto, pero además de estas posturas más abstractas, hay autores que se apoyan en aspectos de la propia Ley para interpretar que cabe la capacidad de renuncia, como, por ejemplo, el artículo 12 al exigir la conformidad del

²¹ LLORCA ORTEGA, José., *La Ley de Indulto. Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma*. 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia 2003, p.25.

²² GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo., ob. cit. P. 48.

²³ AGUADO RENEDO, César., ob. cit. *Problemas constitucionales...* pág. 180.

²⁴ Art. 4 y 6 Ley del Indulto.

penado en los casos de conmutación. La postura que no acepta la posibilidad de renuncia, señala que el argumento de este artículo 12 no puede ser interpretado en clave extensiva, sino que solamente señala un supuesto particular, y que además el indulto al formar parte de la aplicación del Derecho Penal no está en la esfera jurídico de las personas a las que se imponen sus consecuencias jurídicas²⁵.

3.5. El indulto desde el punto de vista del concedente

De nuevo debemos remitirnos al artículo 62 i) de la CE que señala la gracia como prerrogativa del Rey, pero esto como sabemos, y ya hemos expuesto en el apartado anterior tiene un contenido más amplio del que en un principio podemos intuir. El propio artículo ya incluye la necesaria participación de dos poderes, el legislativo porque el constituyente explícitamente exige que el ejercicio del derecho de gracia sea conforme a la ley, y por otro lado, el ejecutivo ya que en el ámbito de una monarquía parlamentaria es conocido que todos los actos del rey, salvo muy limitadas excepciones, requieren del refrendo por parte del Gobierno. Aunque explícitamente en el caso del Gobierno no aparezca una inclusión explícita, no queda otra manera de considerarlo así debido a la regulación de los actos del monarca que establece nuestro sistema constitucional.

En el caso del poder judicial, no encontramos mención explícita ni se deduce implícitamente, pero esto no significa que la no alusión suponga la no intervención, pudiendo requerir su actuación en base a normas infraconstitucionales.

AGUADO RENEDO llega a la conclusión de que “la falta de alusión constitucional al poder judicial en lo referido a la gracia es la diferente naturaleza de la vinculación de los distintos poderes en esta materia: vinculación constitucional expresa la del poder legislativo, vinculación constitucional tácita la del ejecutivo, y vinculación solo legal la del poder judicial”.²⁶

Desde el punto de vista del Jefe del Estado, se viene entendiendo su vinculación por la trascendencia de la decisión, en relación con la máxima figura de representación del Estado que en nuestro caso ejerce el Rey y la tradición del derecho de gracia que como

²⁵ VILLARINO MARZO, J., ob. cit. Pág. 77.

²⁶ AGUADO RENEDO, César., ob. cit. *Problemas constitucionales...* Pág. 122-123.

sabemos ha estado ligado a la figura de mayor rango del sistema concreto (históricamente a la monarquía) por su vinculación con la idea de soberanía.

Pero en nuestro sistema como venimos advirtiendo este tipo de atribuciones al rey no suponen un derecho del Rey, ni siquiera una potestad²⁷, por la regulación que constitucionalmente han adquirido los actos del Rey. Así M. ARAGÓN señala que, en un régimen democrático, las competencias que la Constitución atribuye al Monarca “no suponen un poder en sentido estricto (como si lo suponen las competencias del Parlamento, del Gobierno o de los jueces), ya que, por principio, la democracia impide que ejerza poder quien accede al cargo exclusivamente por razones hereditarias, de ahí que el Rey carezca, “por así decirlo, de poderes propios”.²⁸

Por tanto, desde el punto de vista del Rey, primera figura que constitucionalmente encontramos señalada como concedente, y a priori como legitimado para ejercer la gracia, realmente estamos ante lo que se denomina un acto debido, es decir, que su intervención se reduce a una actuación meramente simbólica. Y es, por tanto, en el caso del indulto que el verdadero concedente será el Gobierno. Como venimos diciendo la necesidad de refrendo en el caso del ejercicio de la gracia se entiende mediante una interpretación extensiva de la actividad del Rey en el seno de una monarquía parlamentaria, interpretación marcada por el artículo 56.3 que señala esta necesidad de refrendo con las excepciones que el propio precepto marca, entre las que no se encuentra el ejercicio de la gracia.

No corresponde entrar en el estudio del concepto de refrendo, pero si haremos unas breves notas caracterizadoras. Podemos señalar que la institución del refrendo es causa de la irresponsabilidad de la que goza el Rey, artículo 56.3 CE, ya que constituirá la vía para dar de validez dicho acto, y permite que exista un control sobre dicho acto al existir una figura que refrenda el determinado acto, ya que, si no fuera necesario, en base a la mencionada irresponsabilidad del monarca la actuación sería incontrolable. En resumen, el refrendo traslada la responsabilidad al refrendante, que es el que materialmente toma la decisión y permite su control, y así lo señala la propia Constitución en su artículo 64.2 “De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden” dichas personas, como señala el primer apartado del mismo artículo serán el Presidente del Gobierno, o en su caso, los Ministros competentes.

²⁷ *Ibidem.* Pág.124.

²⁸ ARAGÓN REYES, M., *Estudios de Derecho Constitucional*. C.E.C., Madrid, 1998, p.368.

En este punto, es conveniente hacer referencia a un debate que existe entre la doctrina sobre si se pudiera prescindir de la intervención del Gobierno en la concesión de los indultos. Hay autores que señalan que realmente no existe ninguna atribución expresa constitucionalmente al Gobierno de esta facultad, sino que solamente se menciona la figura del Rey con arreglo a la Ley, y que en base a esta libertad de configuración podría el legislador prescindir del Gobierno, frente a esta idea GARCIA MAHAMUT indica que “existen razones fundadas para defender que la participación del Gobierno en materia de indultos encuentra perfecto acomodo, desde la perspectiva de la reserva constitucional en favor del Gobierno, en la función de dirección política”²⁹ hilando dicha idea con la dirección de política criminal y por tanto, “la principal consecuencia que se desprende de percibir la gracia entre los instrumentos de dirección de la política criminal no es otra que la de que el legislador no puede, en modo alguno, prescindir de la actuación del Gobierno como órgano que debe jugar un papel decisivo en el ejercicio del derecho de gracia”³⁰

Pero no podemos finalizar este análisis sin hacer referencia al papel que juega el Tribunal Sentenciador, si bien no figura como concedente, su papel es fundamental ya que será el encargado de la aplicación de la gracia, y además si se pretende un indulto total el Gobierno debe contar con su parecer favorable.

Por tanto, podemos afirmar que materialmente el concedente es sin ninguna duda el Gobierno, así también lo podemos desprender del artículo 30 de la Ley de Indulto, que señala que la concesión de estos se hará en Real Decreto. Todo ello mediante el procedimiento que posteriormente estudiaremos.

3.6. Procedimiento para su concesión.

El procedimiento de tramitación del instituto del indulto se regula en el Capítulo III de la Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia del Indulto, titulado como “Del procedimiento para solicitar y conceder la gracia del indulto”.

²⁹ GARCÍA MAHAMUT, Rocío., ob. cit. P.142.

³⁰ *Ibidem*. P.146

3.6.1. Iniciación

El comienzo del procedimiento del indulto consiste en la solicitud de éste. Que en base a los artículos 19 y 20 de la Ley³¹ podrá ser a petición del propio condenado, parientes o personas en su nombre, así como por el propio Tribunal Sentenciador, el Tribunal Supremo o por la fiscalía, y también a propuesta del propio Gobierno (artículo 21), este se interpretará como el supuesto más excepcional de todos.

LLORCA ORTEGA, señala que “el expediente se iniciará, pues, en virtud de solicitud o instancia de parte legitimada, sin que se requiera formalidad especial alguna, produciendo, incluso, su efecto una simple redacción epistolar.”³²

Pero además de esto debemos fijarnos en el Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, que señala en su artículo 206 la posibilidad de que la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, pueda solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, si se dan una serie de circunstancias.

A raíz de la solicitud, el encargo recae en la figura del Ministro de Justicia que será el encargado de iniciar el expediente. Es por tanto dicho ministerio el receptor de dichas solicitudes vía el Tribunal Sentenciador.

3.6.2. Instrucción

Tras la solicitud, y el correspondiente acto de inicio de formación del expediente, se dan una serie de actuaciones que irán formando la realidad de la gracia, así como su motivación. Estas actuaciones son las siguientes.

En primer lugar, el informe de conducta del condenado, al recibir el expediente, el órgano sentenciador debe solicitar un informe sobre la conducta del penado. El informe será solicitado al jefe del Establecimiento Penitenciario donde se encuentre el penado cumpliendo condena. En caso de que la pena no sea privativa de libertad, el informe se solicitará al Gobernador de la provincia de residencia del penado, (artículo 24 L.I.³³).

³¹ Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto.

³² LLORCA ORTEGA, José., ob. cit. P.136.

³³ Se excluye de este precepto los casos en los que los penados por privación de libertad no estén cumpliendo la pena debido a su suspensión o a que aún nada se ha dicho sobre su ejecución.

Además, el mismo artículo señala la obligación del Tribunal Sentenciador a oír a la parte ofendida, si es que esta existe. Existen verdaderas dudas sobre la relevancia que dar a este paso. Al igual se prevé la audiencia del Ministerio Fiscal, que a raíz de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1925 puede solicitar la puesta en marcha de todas las prácticas que a su juicio sean convenientes para el procedimiento.

Es importante señalar en este punto, el artículo 11 de la citada Ley, que exige para los indultos totales, la existencia a favor del penado de razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del tribunal sentenciador y del Consejo de Estado. Circunstancias que parecen no ser exigidas para el caso de indultos parciales. Por tanto, vemos en este punto como en el caso de los indultos totales debe existir un informe favorable para la concesión, condición *sine qua non*. Y si éste no existiera, se daría un indulto parcial.

Llegamos ahora a un punto ciertamente importante y controvertido, el informe que debe emitir el propio órgano sentenciador, "El Tribunal sentenciador hará constar en su informe, si es posible la edad, estado y profesión del penado, su fortuna si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia"³⁴. Especialmente importante la última frase sobre la que después volveremos sobre la pronunciación del tribunal sobre la justicia o conveniencia de la medida.

Todos estos documentos serán los remitidos al Ministerio de Justicia, a junto a una hoja histórico-penal y el testimonio de la sentencia ejecutoria del penado y otros que se consideren necesarios para la justificación de los hechos.³⁵

³⁴ Artículo 25 de la L.I.

³⁵ Artículo 26 de la L.I.

3.6.3. Resolución

El procedimiento concluirá con su concesión, que como ya señalamos se hará en Real Decreto, que se insertará en el Boletín Oficial del Estado. Así lo prevé el artículo 30 de la L.I. artículo sobre el que existe cierta controversia debido a la modificación que sufrió en la reforma de 1988. La redacción anterior era la siguiente “La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta” por tanto, en una primera lectura podríamos apreciar que se suprime la exigencia de motivación. Asunto ampliamente criticado si bien es cierto que al ser un acto discrecional el artículo 54.1f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige la motivación de los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. El problema es que pese a esto en muchas ocasiones la justificación de los indultos en el BOE se limita a “visto el expediente”.

3.7. El control del indulto

Tratamos ahora probablemente el tema más polémico en el ámbito del indulto. Como todo acto emanado de un poder público, en un Estado de Derecho evidentemente debe ser y es objeto de control judicial, el asunto es sobre qué recae dicho control.

En respuesta a dicha pregunta, podemos señalar que el control será de todos los elementos reglados, de naturaleza procedimental que hemos señalado que se van exigiendo a lo largo del procedimiento, los diferentes informes, la audiencia del ofendido cuando sea necesario, que la sentencia sea firme... Todo ello en base al artículo 2 letra a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que prevé el control de los elementos reglados en relación a todos los actos emanados del Gobierno cualquiera que fuese su naturaleza. Por tanto, sobre este punto no existen dudas.

Mayor polémica genera la cuestión del control de fondo de la figura, la concesión en sí. En este punto entramos en el complicado debate entre discrecionalidad y arbitrariedad de los actos de los poderes públicos, aunque el artículo 9.3 de la Constitución prohíbe precisamente la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, pero es usual que ante actos en principio entendemos como discrecionales puedan derivar por los malos usos en actos que lindan con lo arbitrario. Además, es evidentemente que todo acto discrecional, por reglado que esté en su procedimiento, necesariamente tiene un punto incontrolable sobre la decisión basada en la apreciación de la administración actora. Cuestión que no escapa del supuesto que ahora estudiamos, la libertad en el ejercicio de la

gracia ha sido una constante histórica, si bien actualmente aparece regulada, la libertad para concederla es algo inherente a la institución.

Si bien se puede apreciar la vinculación entre Gobierno y Poder Judicial a la hora de otorgar un indulto, precisamente por la función del Tribunal Sentenciador de ejecutar dicha pena, lo que permitirá también ejercer un control de legalidad. GARCÍA MAHAMUT indica que “es en la ejecución del indulto donde el Tribunal Sentenciador ejerce realmente el control de adecuación a la legalidad de la actuación del Gobierno”.³⁶

A la luz de los antecedentes históricos y el nacimiento de la gracia, es innegable afirmar que estábamos ante una facultad plenamente arbitraria, y hay autores que entienden que esto no ha cambiado demasiado, ya que, pese a tener una Ley que impone ciertas condiciones, la decisión en sí del Gobierno no aparece en ningún momento regulada, existe una libertad en dicho ámbito. Pese que parezca que estamos ante un análisis de otros tiempos, el propio Tribunal Constitucional en su Auto 360/1990, de 5 de octubre afirmó “no obstante, el indulto, en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndole el Rey sin que las decisiones que se adopten al efecto sean fiscalizables por parte de los órganos jurisdiccionales, incluyendo este Tribunal Constitucional” doctrina que reiteran en su Auto 278/1997, de 16 de julio.

Pero es evidente que, en un Estado constitucional de Derecho, es imposible seguir entendiendo la gracia, o cualquier otro acto, como arbitrario, el poder es limitado por el respeto a los derechos fundamentales y su concepción es como poder funcional, es decir, a cada órgano, cargo o ente se les asigna conforme a distintos criterios unas determinadas competencias³⁷. Además, no podemos prescindir de una de las primeras ideas que señalábamos, la expresa interdicción de la arbitrariedad que recoge nuestra Constitución en su artículo 9.3³⁸.

Por tanto, debemos reiterar que el control del indulto en su aspecto procedimental, de aquellos elementos formales es innegablemente fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa, arts. 2.a), 12.1.a) y 25.1 LJCA (aunque en este punto existen partidarios de que el encargado sea el propio tribunal sentenciador).

³⁶ GARCÍA MAHAMUT, Rocío., ob. cit. P. 199.

³⁷ AGUADO RENEDO, César., ob. cit. Problemas constitucionales... P. 205.

³⁸ Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Volviendo al tema del fondo, debemos señalar en primer lugar la cuestión de cómo entender el acto del indulto, si como acto administrativo o como acto político. Si bien no encaja absolutamente en ninguna de las dos categorías, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por entenderlo como acto administrativo, ya que no deja de ser el resultado de un procedimiento administrativo que necesariamente finaliza con una respuesta de dicha naturaleza, el magistrado Luis Román Puerta Luis señaló que “Se trata, sin duda, de un acto administrativo en cuanto constituye una manifestación de voluntad emanada de la Administración Pública, en el ámbito de una potestad administrativa, creadora de una determinada situación jurídica, y que se agota o extingue por su cumplimiento o realización”.³⁹

En base a esta concepción, junto con la idea de interdicción de la arbitrariedad, fijaremos como elemento central entre lo discrecional y lo arbitrario el requisito de la motivación.

Si esto es así en los actos discrecionales de otra índole, con más razón en el ámbito de la concesión del indulto, en el que nos encontramos como uno de los poderes del Estado contradice las decisiones de otro atenuando o eliminando los efectos de sus actos.

Por tanto, el indulto exige sin ninguna duda una motivación, en base a la idea de interdicción de la arbitrariedad, pero del mismo modo en base al derecho administrativo, así el artículo 35.1 de la Ley señala que “1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: i) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.”

Con ello volvemos a la reforma del artículo 30 de la Ley del Indulto, que ya hemos mencionado, que eliminó la expresa mención a la motivación del acto, reforma que de ninguna manera se puede entender como eliminación del requisito en sí, aunque es cierto que merma la calidad de la regulación. Con ello el problema que aparece es que la ausencia de motivación, que encontramos en no pocos decretos de indulto, sería un problema de constitucionalidad en base al art.9.3, y realmente no existe ninguna vía para recurrir la inconstitucionalidad de un decreto de indulto ante el Tribunal Constitucional.

Evidentemente el recurso de amparo no es la vía ya que tendría que iniciarlo el propio beneficiario, que no tendrá interés en socavar su propio interés en pro del orden constitucional. Igualmente, no parece adecuado tampoco que se interponga una cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal sentenciador, puesto que su actuación se basa

³⁹ ATS de 18 de enero de 2001, Sala de lo Penal (nº rec. 2940/1997), Voto particular que formula el magistrado Luis Román Puerta Luis.

en la mera aplicación del decreto y porque en atención a LOTC no cabe dicha cuestión sobre actos sino sólo sobre normas. Y, por último, vía recurso de inconstitucionalidad estamos ante el mismo problema, puesto que deben tener por objeto leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley.⁴⁰ Sin embargo, AGUADO RENEDO⁴¹ se inclina por acudir al recurso de inconstitucionalidad, en una interpretación por exclusión en el que un decreto carezca absolutamente de motivación y por tanto, sea frontalmente contraria a la Constitución, por lo cuál solo podríamos acudir al control en abstracto entendiendo que el indulto tiene valor de ley, aunque el propio autor asume que contradice la forma de Real Decreto mediante la cual se concede, pero teniendo en cuenta que emana del Gobierno, que aprueba normas con rango y fuerza de Ley. Ciertamente es una interpretación forzada que el autor apoya en los siguientes argumentos, en primer lugar, que el Real Decreto no desarrolla ninguna ley sino que deriva directamente de la CE, en segundo lugar, que la tacha tendrá que ser de inconstitucionalidad y por último que incide plenamente sobre la labor del Poder Judicial, sometido “únicamente al imperio de la ley”⁴², por tanto, entendiendo que es un acto que incide en dicha función, que señalamos está únicamente sujeta al imperio de la ley, podríamos considerar el dotar de valor de ley al decreto.

Como hemos prevenido, el propio autor califica la postura de “llamativa” pero defiende que es la única posible ante “la ausencia de regulación procesal específica” y que lo ideal sería regular un cauce *ad hoc*, pero que ante su inexistencia será mejor adoptar dicha interpretación “que la de dejar incólume un acto del ejecutivo manifiestamente disconforme con la Constitución española en particular, y, en general, con lo que debe ser la más correcta concepción del Estado constitucional de Derecho en los avanzados tiempos en los que nos encontramos”.

Por último, hay que señalar que, junto a estos controles de carácter jurídico, aparecen los controles políticos y social. Control político el que puede ejercer el Parlamento en su función de control al Ejecutivo y control social al que está sujeto todo gobierno.

⁴⁰ Artículo 2.1 letra a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁴¹ AGUADO RENEDO, César., “Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: El Caso Gómez de Liaño” *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21. Núm. 63, septiembre-diciembre 2001, p. 314-315.

⁴² Art. 117.1 CE “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.”

4. LA AMNISTÍA

4.1. Concepto

La otra figura característica del derecho de gracia es la amnistía, que como primera puntualización señalamos que no aparece mencionada en nuestra actual constitución, lo que evidentemente ha dado lugar a un intenso debate.

Entendemos la amnistía como la expresión más extensa e intensa del derecho de gracia, puesto que frente al indulto, que va destinado a perdonar una pena impuesta pero aceptando el proceso y la sentencia del condenado como tal, es decir, solo exime del cumplimiento como tal de la pena, la amnistía va más allá, no solo remite la pena, sino que viene a admitir que las actuaciones por las que los sujetos fueron condenados no tienen la consideración delictiva, por tanto, va a la raíz, no acepta la sentencia como si hace el indulto. Si identificamos el indulto como perdón, la amnistía será olvido.

Si bien tanto amnistía como indulto son manifestaciones directas del derecho de gracia y ambas figuras suponen una excepción al Estado de Derecho, tienen importancias diferentes.

La amnistía a diferencia del indulto elimina todos los efectos jurídicos derivados de la conducta que fue condenada, también la responsabilidad civil derivada del delito, aunque este punto es fuertemente debatido, pero que como ya vimos en ningún caso desaparece en los indultos, así como los antecedentes penales. Se podría entender que el legislador hace uso de su facultad de crear y derogar leyes en lo que sería la despenalización de ciertas conductas, pero la amnistía no se trata de un cambio de valoración sobre una determinada conducta, sino que mantiene el carácter delictivo de dichas conductas, pero exime a un colectivo de ciudadanos, los amnistiados, de la observancia de dicha norma.⁴³

Como bien señala PEÑA FREIRE “la amnistía equivale a una exención retroactiva del deber de cumplir con el derecho: lo que estaba y está prohibido para todos, lo que ha sido cumplido por casi todos, pasa a estar permitido retroactivamente a algunos de los que lo incumplieron”.⁴⁴

⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis.: “La amnistía en nuestro ordenamiento jurídico” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.) *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*. Colex, A Coruña, 2024, p. 72.

⁴⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel.: “Estado de Derecho y amnistía” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.) *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*. Colex, A Coruña, 2024, p. 52.

Debemos señalar que se distinguen dos tipos de amnistía, la denominada como “propia” la cual se concede antes del inicio de las actuaciones judiciales, y la “impropia” la cual se dará cuando la voluntad de excluir las consecuencias desfavorables tenga lugar tras el comienzo de las actuaciones judiciales e incluso tras su final. Por tanto, en este punto encontramos otra diferencia con los indultos, figura que exige que haya una sentencia condenatoria firme.

Del mismo modo, encontramos dos categorías de amnistía en función del contexto en el que se conceda y los fines que persiga. Encontramos las amnistías que pueden darse en contextos sociales convulsos, pero dentro de un mismo régimen, bajo una determinada regulación, fruto de la voluntad del legislador, o bien las que se promulgarán en situaciones excepcionales de cambios de régimen, como en España sucedió durante la transición de la dictadura a la democracia.

En todo caso, debemos señalar que históricamente la amnistía se ha venido entendiendo como una facultad del Parlamento, del poder legislativo, que mediante ley otorgará dicha modalidad de gracia.

4.2. El recurso a la amnistía durante la transición

A modo de contexto, debemos señalar en primer lugar, que la amnistía aprobada no es sino el culmen de una serie de concesiones anteriores de distintas formas de gracia que a continuación estudiaremos.

La amnistía era una de las principales reivindicaciones de la oposición al franquismo, formando incluso parte de su lema “Libertad, Amnistía y Estatuto de Autonomía” bajo el cual se aglutinaban distintas fuerzas políticas. Dicha reivindicación venía siendo frecuente desde los años 50, el propio manifiesto del Partido Comunista de España la fijaba como presupuesto para apostar por una nueva generación que no había vivido la guerra, para conseguir una reconciliación nacional. Reivindicación que tomó fuerza tras la muerte de Franco y que culminó dando lugar a la conocida Ley de 1977.

4.2.1. 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.

Como ya advertimos, la Ley de 1977 no es sino la culminación de una serie de medidas de gracia que comienzan con este Decreto que concede un indulto general por la proclamación de D. Juan Carlos como Rey de España.

El preámbulo del Decreto señala que se dicta en base al artículo 6 de la Ley Orgánica del Estado⁴⁵ y señala que su promulgación responde a “un homenaje a la memoria de la egregia figura del Generalísimo Franco (q. e. G. e), artífice del progresivo desarrollo en la Paz de que ha disfrutado España en las últimas cuatro décadas, durante las cuales otorgó once indultos generales e innumerables indultos particulares.”

Pero debemos advertir que en ningún caso tiene una intencionalidad política como la oposición democrática venía reivindicando. “Se concede el indulto de las penas y correctivos de privación de libertad, pecuniarias y de privación del permiso de conducción impuestas o que puedan imponerse por delitos y faltas previstos en el Código Penal, Código de Justicia Militar y Leyes penales especiales, por hechos cometidos con anterioridad al día veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cinco...”⁴⁶

Pero estableciendo una extensión e intensidad distinta en función de la gravedad de las penas. Así afectará tanto a aquellos condenados con penas y correctivos de privación de libertad como de aquellos privados del permiso de conducción o con penas pecuniarias.

Si bien dejaba fuera los delitos de terrorismo, propaganda terrorista y organización previstas en la normativa terrorista. El problema en este punto es que en ocasiones algunos presos políticos no pudieron beneficiarse por considerar que pertenecían a una organización prohibida.

⁴⁵ Art. 6 Ley Orgánica del Estado, número 1/1967, de 10 de enero: “El Jefe del Estado es el representante supremo de la Nación; personifica la soberanía nacional; ejerce el poder supremo político y administrativo; ostenta la Jefatura Nacional del Movimiento y cuida de la más exacta observancia de los Principios del mismo y demás Leyes fundamentales del Reino, así como de la continuidad del Estado y del Movimiento Nacional; garantiza y asegura el regular funcionamiento de los Altos Órganos del Estado y la debida coordinación entre los mismos; sanciona y promulga las leyes y provee a su ejecución; ejerce el mando supremo de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire; vela por la conservación del orden público en el interior y de la seguridad del Estado en el exterior; en su nombre se administra justicia; *ejerce la prerrogativa de gracia*; confiere, con arreglo a las leyes, empleos, cargos públicos y honores; acredita y recibe a los representantes diplomáticos y realiza cuantos actos le corresponden con arreglo a las Leyes fundamentales del Reino.”

⁴⁶ Art.1 Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre.

Volviendo a centrar el estudio en la amnistía de 1977, hay que reiterar que este Decreto iba destinado especialmente a delitos comunes si bien algunos condenados por delitos políticos pudieron beneficiarse del indulto, éste no tenía ninguna intencionalidad política ni referencias a los delitos de opinión. Por tanto, en ningún caso se interpretó como un reflejo de voluntad de cambiar de régimen y no colmaba las exigencias de la oposición, por lo que se seguía reclamando la amnistía.

4.2.2. Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre Amnistía y Real Decreto Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia. Y Real Decreto Ley 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general y Real Decreto Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia

Ambos decretos fueron un paso más para llegar a la ley de amnistía final de 1977. En el Real Decreto Ley 10/1976 vemos como ya, a diferencia del de 1975, no estamos ante un indulto general, sino que la medida de gracia empleada es ya la amnistía, cuyo preámbulo indica lo siguiente “Al dirigirse España a una plena normalidad democrática, ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles. Tal es el objeto de la amnistía de todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política o de opinión ocurridos hasta el presente, sin otros límites que los impuestos por la protección penal de valores esenciales, como son la vida e integridad de las personas”.

Si del indulto general de 1975, reiterábamos la idea de la ausencia de intencionalidad política y la no mención de los delitos de opinión, aquí ya se da un paso más en este sentido incluyendo expresamente ambas menciones, por tanto, ya no está dirigido de forma especial al ámbito de los delitos comunes. En cuanto al marco temporal cabe señalar que abarca hasta la propia fecha de promulgación, 30 de julio de 1976.

Sin embargo, precisa su artículo primero que no se beneficiarán de la presente amnistía aquellos condenados por cometer delitos contra la vida o la integridad o que las hubiesen puesto en peligro. Este último inciso, “puesto en peligro”, fue eliminado en el

Real Decreto Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia. Por tanto, solo quedarían excluidas las conductas con un resultado lesivo efectivo.

En cuanto a los militares pertenecientes a la Unión Militar Democrática (organización clandestina de militares) se introduce la decisión de ser amnistiados, pero sin alcanzar las penas de separación del servicio por lo que no serían reintegrados en sus empleos y carreras. Cuestión opuesta fue la situación de funcionarios civiles que si fueron reincorporados.

De nuevo quedan al margen de la amnistía delitos de terrorismo con resultados lesivo efectivo, pero no la puesta en peligro de dichos bienes jurídicos, y que, por tanto, no quedaban perdonados por el indulto general de 1975.

En cuanto al objeto de la amnistía, junto con las modificaciones posteriores de 1976, cabe destacar algunas situaciones concretas: los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión que no lesionasen la vida o la integridad física, delitos de rebelión y sedición⁴⁷, prófugos y desertores, objetores de conciencia, entre otras.

Hay que señalar que previo a la aprobación de la Ley de Amnistía de 1977, existen todavía otros dos decretos sobre medidas de gracia, el Real Decreto Ley 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general y el Real Decreto Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia. Sin entrar mucho en el fondo, la pretensión es la de completar las medidas adoptadas desde el indulto general de 1975, tenía como fin “dar respuesta a los delitos de intencionalidad política excluidos de anteriores indultos generales y de la previa amnistía, lo que había generado situaciones de desigualdad”⁴⁸.

Aun así, al igual que tras la amnistía del 76 seguían quedando fuera de las medidas de gracia diferentes casos y seguía reivindicándose la amnistía total. El contexto previo a la promulgación del Decreto 388/1977 era de gran agitación social, manifestaciones, secuestros, protestas que llegaron a saldarse vidas.

⁴⁷ Tipificados en el Código de Justicia Militar, aprobado por Ley de 17 de julio de 1945 y vigente en el momento de aprobarse la amnistía de 1976.

⁴⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli., “Releyendo la Ley de Amnistía de 1977. Efectos jurídicos e interpretaciones erróneas” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm., 25, 2023, p. 10.

4.2.3. La Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

Vistos los antecedentes llegamos ahora al resultado, la Ley de Amnistía, nacida de las primeras Cortes de la democracia tras las elecciones generales de junio del mismo año.

Así en vista al primer artículo de la ley quedarán amnistiados:

a) “Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.” Hay que señalar que coincide el ámbito temporal con la fecha de celebración del referéndum sobre la reforma política.

b) “Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.”

c) “Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.”

Culmina todo el proceso estudiado previamente, adoptando la gracia una amnistía total como históricamente venían reclamando los opositores al régimen, cubriendo ya todo lo que quedó excluido en las medidas de gracia anteriores, los delitos con resultado de muerte o de lesiones. En ocasiones, esto se ha querido interpretar como una autoamnistía del propio régimen advirtiendo de que esta medida alcanzaba a crímenes de la Guerra Civil y la dictadura, asesinatos, desapariciones. Pero realmente ni estos tuvieron como tal intencionalidad política, la concreta finalidad que fija la presente ley, ni llegaron a ser perseguidos en ningún momento en base al ordenamiento del momento, por tanto, pensar en que esta norma iba destinada a cubrir dichos casos no tiene un fundamento realmente sólido. Si bien es cierto que cubre los delitos cometidos por funcionarios en ejercicio de la represión política del momento, es decir, quedaban amnistiados también los delitos cometidos en persecución de la oposición, artículo 2 de la Ley de Amnistía “En todo caso están comprendidos en la amnistía: e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley. f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.”

Debemos puntualizar que todas estas medidas son anteriores a la entrada en vigor de la Constitución Española vigente de 1978, si bien existen distintas sentencias del Tribunal Constitucional que hacen referencia a ella. Podemos enmarcar esta amnistía como el ejercicio de la gracia cuando existe un cambio de régimen, que exige la ruptura con las consecuencias de un derecho anterior. Volveremos a analizar esta Ley de 1977 junto con las sentencias que la mencionan en apartados posteriores, especialmente en lo relacionado con el estudio de la “Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña”.

4.3. La ausencia de la amnistía en la Constitución. Debate sobre su constitucionalidad

En este punto nos encontramos con el eje sobre el que pivotarán las diferentes posturas sobre la constitucionalidad de la figura de la amnistía.

En primer lugar, entraremos a analizar la no previsión de la amnistía en la Constitución. Para algunos solamente este punto, como veremos posteriormente ya imposibilita al legislador otorgar dicha medida de gracia, en oposición a esta teoría, al no estar expresamente prohibido, el legislador no tiene límites en cuanto a las materias que quiera tratar, y, por tanto, tampoco si quisiera elaborar una ley de amnistía.

Pero antes de entrar en el debate, señalaremos algunos antecedentes sobre la no previsión de la amnistía en el período de elaboración de la Constitución, ya que se ha venido diciendo que el tema ni siquiera se trató. Sin embargo, como bien advierten RAMOS TAPIA y RUIZ ROBLEDO⁴⁹ si ponemos atención a las sesiones de aquellas Cortes Constituyentes encontramos dos sesiones en la Ponencia Constitucional que estudiaron si regular la amnistía como uno de los puntos relativos al Poder Judicial” para finalmente, como literalmente consta en dichas actas, “no constitucionalizar este tema”. Lo que ambos autores entienden como una “exclusión deliberada” por parte de los siete padres.

Ante esto, se presentan dos enmiendas al Anteproyecto Constitucional de 5 de enero de 1978 para incluir la amnistía. Encontrando primeramente la enmienda 504 presentada por el Grupo Mixto que decía “las Cortes Generales, que representan al pueblo

⁴⁹ RAMOS TAPIA, Inmaculada y RUIZ ROBLEDO, Agustín.: “Si el Gobierno quiere amnistiar a Puigdemont debe reformar la Constitución”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.) *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*. Colex, A Coruña, 2024. p.82.

español, ejercen la potestad legislativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el título VIII, otorgan amnistías, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución”⁵⁰

Dicha enmienda fue rechazada por la ponencia, pero como señalan los autores citados “nos dejó una pauta importante para interpretar el texto constitucional: para los enmendantes una cosa era la potestad legislativa, y otra, la capacidad de otorgar amnistías” algo que de igual forma podríamos interpretar por parte de la Ponencia, tratándolo en sus sesiones como puntos relativos al Poder Judicial y no al legislativo.

La segunda enmienda que bien se señala, es la número 744, realizada por César Llorens, diputado de UCD, para incluir en el título del Poder Judicial el siguiente artículo: “Se prohíben los indultos generales. Los individuales serán concedidos por el Rey, previo informe del Tribunal Supremo y del Fiscal del Reino, en los casos y por el procedimiento que las leyes establezcan. Las amnistías solo podrán ser acordadas por el Parlamento”. Continuando con lo estudiado por los autores citados, la enmienda sale parcialmente adelante por la intención del Ponencia de prohibir los indultos generales, aunque acordando regular dicha materia junto con el derecho de gracia.

Por consiguiente, vemos como efectivamente la amnistía sí que fue tratada, mencionada y debatida por los constituyentes. Rechazando constitucionalizarla inicialmente y también vía dichas enmiendas.

En relación con el resto del ordenamiento, hay que señalar que no aparece contemplada en el Código Penal de 1995 como causa de extinción de la responsabilidad criminal, a diferencia de los sucesivos códigos vigentes hasta entonces. Solo encontramos una alusión en el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, norma de 1882, enumerando los asuntos que podrán ser objeto de previo pronunciamiento en el proceso. Fundamentar la constitucionalidad de la amnistía en su mención en un artículo de una norma que data de siglos atrás, y en un artículo que además requiere que lo enumerado aparezca considerado en otro lugar del ordenamiento, no parece un argumento muy sólido.

⁵⁰ Congreso de los Diputados (1978) *Enmiendas al Anteproyecto de Constitución*, enero de 1978. Enmienda 504 al Anteproyecto Constitucional. Pág. 213-214.

Entramos ahora en el debate suscitado con mayor intensidad en estos últimos meses sobre la constitucionalidad de la amnistía.

El primer argumento el que haremos alusión es a la extendida idea de que “si está prohibido lo menos, está prohibido lo más”, argumento *a minori ad maius*. Como venimos reiterando, el artículo 62 letra i) de nuestra Constitución establece la prohibición expresa de los indultos generales, por lo que la mayor parte de la doctrina interpretar que si están prohibido estos, no parece lógico que se pueda defender que cabe la amnistía, ya que presenta una mayor intensidad en sus efectos, ya que un indulto general supone el perdón de la pena impuesta a un conjunto de personas sin individualizar, pero la amnistía no supone únicamente la remisión de dicha pena, sino que borra la existencia misma del delito. Por lo expuesto, es realmente complicado entender que si la Constitución ha prohibido los indultos generales permita promulgar una amnistía. Sin embargo, algunos autores han venido rechazando este argumento por considerar que afirmar dicha idea es suplantar a los constituyentes, interpretando su voluntad, en este sentido, AGUADO RENEDO⁵¹ señala que para interpretar la voluntad de un texto, constitucional o legal, nada como ir a los trabajos parlamentarios del mismo...” señalando que “no aparece citada la amnistía en ningún momento: ni en los textos propuestos de los preceptos, ni en las enmiendas a los mismos”, asunto que sin embargo hemos desmentido anteriormente, encontrando alusiones en las sesiones de la Ponencia, así como dos enmiendas presentadas al anteproyecto de Constitución.

Otro de los argumentos más esgrimidos por los partidarios de considerar constitucional la amnistía es fijar el debate en el ámbito competencial, donde el Parlamento juega el papel decisivo. Y en base a ello, defender que la ausencia de la mención a la figura de la amnistía en la Constitución española no supone obstáculo para su admisibilidad, puesto que es el legislador en ejercicio de sus facultades decide elaborar una ley de amnistía, ya que en los Estados constitucionales de Derecho, tiene libertad para legislar en aquella materia que considere oportuno, señalando también jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que definió el poder del legislativo como un “poder potencialmente ilimitado” “puesto no hay materia alguna en la que, estando la legislación atribuida al Estado, no pueda ser regulada por el legislador”⁵², en relación con dicha idea precisan que como señala también el TC el legislador no está forzado a obrar del modo más conforme

⁵¹ AGUADO RENEDO, César., ob. cit. Problemas constitucionales... P. 79.

⁵² STC 35/1982, de 14 de junio, f.2.

con el texto constitucional, sino a no contradecirlo. En definitiva, consideran que no puede negarse la admisibilidad de la amnistía en cuanto no está prohibida de forma expresa en la Constitución.

La postura que se opone a dicho argumento viene señalando que si bien es cierto el amplio margen de libertad del que goza el legislador, es evidente que tiene que existir un respeto a la Constitución, argumentando que la no prohibición expresa no puede entenderse como una habilitación, puesto que de lo que se trata es de que lo legislado respete no solo lo competencial, sino los principios y valores que la Constitución pone en relieve, por ejemplo, tampoco aparece ninguna referencia en la Constitución sobre una prohibición expresa de la esclavitud, pero es obvio que a la luz de los valores que remarca la norma fundamental sería impensable que el legislador pudiera elaborar una ley sobre esta materia y defender su constitucionalidad por no aparecer prohibido expresamente, por poner otro ejemplo más cercano a la última ley de amnistía, tampoco encontramos expresamente prohibido el derecho a la autodeterminación, pero es evidente que existe una prohibición implícita en atención a los mandatos y principios básicos de nuestra norma. ARAGÓN⁵³ señala que “el hecho de que la amnistía no esté expresamente prohibida por la Constitución no puede seguirse inmediatamente la consecuencia de que la Constitución la permite, ya que de la fiel interpretación de determinadas reglas y principios constitucionales puedan derivarse impedimentos, o si se quiere prohibiciones implícitas respecto de la amnistía”.

Igualmente, se ha venido precisando que aun teniendo en cuenta la libertad en materia legislativa de las Cortes Generales, la posibilidad de conceder amnistías no se encuadra dentro de la potestad legislativa ordinaria. Interpretación sacada a la luz de las enmiendas presentadas para su inclusión en el texto constitucional, como ya señalamos la primera de ellas diferencia en el artículo que propone “potestad legislativa” y “otorgar amnistías”. Idea en la que ya se había instalado la Ponencia Constitucional, que al estudiar la amnistía la había tratado como artículos del Poder Judicial, y no de las Cortes. Pero, además, en la Constitución de 1931, que expresamente permitía la amnistía, se había concebido también como una decisión distinta a la potestad legislativa general, configurándola como una competencia especial de las Cortes incluida en el título de la Justicia.

⁵³ ARAGÓN REYES, M.: “La Constitución no permite la amnistía”, Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p. 66.

Esta idea viene reforzada desde la propia definición de ley, entendida como norma general y abstracta, frente a la amnistía que “solo pretender perdonar determinados delitos e infracciones administrativas a determinadas personas, no deroga ninguna norma, simplemente excepciona de su aplicación a quienes cumplan ciertos requisitos”⁵⁴

Además bajo mi punto de vista, en ningún caso podemos calificar dicha facultad como propia de la potestad legislativa ordinaria, como si de una materia más se trate, cuando además existe un consenso en la doctrina en admitir la institución del derecho de gracia, tanto amnistía como indulto, suponen una excepción al Estado de Derecho, no parece muy coherente enmarcar la amnistía en un reflejo de la potestad legislativa en tanto en cuanto supone una ruptura de todo el sistema, teniendo consecuencias e inmiscuyéndose en las labores constitucional y legalmente previstas al Poder Judicial.

De igual modo, en relación con lo expuesto, existe un principio básico en Derecho, sobre la vinculación de los poderes públicos al ordenamiento, mientras que los particulares gozamos de un “principio general de libertad”⁵⁵ pudiendo hacer todo menos lo que el ordenamiento nos prohíbe, los poderes públicos parten de una situación de sujeción al ordenamiento, también conocida como vinculación positiva, esto es que solo pueden hacer lo que el ordenamiento les permite hacer, y que en definitiva, las Cortes Generales no escapan a este principio.

Continuando con la postura de los que defienden la cabida de la amnistía en nuestra Constitución en virtud de la potestad legislativa ordinaria, multitud de autores coinciden en afirmar que, pese a revestir la forma de ley, realmente estamos ante una intromisión en el monopolio jurisdiccional del Poder Judicial, uno de los asuntos que ARAGÓN señala como una de las “prohibiciones implícitas” en relación con la ruptura al principio de separación de poderes. Principio establecido en el art.117.3 de la Constitución “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.” Y que, por tanto, encontramos en este punto otra tacha de inconstitucionalidad.

⁵⁴ RAMOS TAPIA, I. y RUIZ ROBLEDO, A., “¿Se olvidó la Constitución de la amnistía?” *Diario La Ley*, núm. 10345, 2023, p. 4.

⁵⁵ ARAGÓN REYES, Manuel., ob. cit. “La Constitución no permite la amnistía”...p. 65.

Frente a esta idea, diferentes autores⁵⁶ señalan que “esos mismos efectos los produce el indulto, sin que a nadie se le haya ocurrido considerar que éste es por ello inconstitucional o que contraviene lo dispuesto en el citado precepto”, argumento que no hace más que reforzar la tesis que pretenden refutar, puesto que bien es dicho que el indulto efectivamente atenta contra la reserva de jurisdicción, pero es precisamente por estar recogido expresamente en la Constitución por lo que está permitido “el indulto es una ruptura constitucional que -como la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona- solo es constitucional porque se permite en la propia *Lex legum*. Si solo estuviera en las leyes, sería inconstitucional. Y eso es lo que le ocurre a la amnistía: como la Constitución no la recoge como una excepción al monopolio jurisdiccional, una ley de amnistía sería inconstitucional.”⁵⁷

Tampoco parece un argumento muy sólido circunscribir la amnistía al ámbito de la materia penal y el principio de retroactividad, interpretándolo extensivamente desde la posibilidad del legislador de reducir las penas de determinados delitos, ya que la amnistía como venimos analizando va más allá. Si bien autores como LASCURAÍN SÁNCHEZ⁵⁸, replican que una ley de amnistía no incide en el ámbito de la potestad jurisdiccional, sino que lo que hace es “recortar el ámbito objetivo de la ley penal” que “la ley de amnistía no enjuicia y absuelve a los sujetos que cometieron determinados delitos” “sino que simplemente excluye la aplicación de la ley a los mismos: delimita el área de la ley” en definitiva, a su juicio la posible inconstitucionalidad de una ley de amnistía radicaría en términos de igualdad y desprotección, pero no en este punto.

Sin embargo, esto también puede ser puntualizado, ya que la amnistía puede beneficiar a personas que aún no están a disposición de los tribunales, que, por tanto, no han sido juzgados, entendiendo aquí que se “sustraе a los tribunales no sólo la potestad de ejecutar lo juzgado, sino incluso la de enjuiciar los presuntos delitos cometidos por los

⁵⁶ GARCÍA RIVA, N., LLABRÉS FUSTER, A., MIRA BENAVENT, J., PORTILLA CONTRERAS, G., REBOLLO VARGAS, R. (2023) *Dictamen sobre una propuesta de Ley de Amnistía* 10 de octubre de 2023, p.3.

⁵⁷ RAMOS TAPIA, Inmaculada y RUIZ ROBLEDOS, Agustín.: ob. cit. “Si el Gobierno quiere...”p.81.

⁵⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.: “¿Amnistía? No una, sino tres preguntas. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p.188.

sujetos amnistiados”.⁵⁹ Y que esto efectivamente constituye una ruptura del mencionado monopolio jurisdiccional.

Haremos ahora referencia al artículo 14⁶⁰ de la Constitución, que consagra el principio de igualdad, sobre el que se ha centrado también parte del debate. Este artículo viene a garantizar la igualdad de todos ante la ley, lo cual impide que a unos españoles se les aplique la ley y a otros no. ARAGÓN⁶¹ precisa que “se prohíbe que a determinadas personas o grupos de personas se las declare inmunes frente al Derecho por las conductas antijurídicas que hubieran llevado a cabo. Cabe el indulto (perdón de la pena), lo que no cabe es la amnistía (desaparición retroactiva del delito) porque ello supone situar a los amnistiados en una situación de privilegio que el principio de igualdad les prohíbe”. Del mismo modo se relaciona este argumento con lo ocurrido con el indulto, si este constituye una excepción al principio de igualdad ante la ley, es porque precisamente aparece expresamente previsto en la Constitución, por tanto, la amnistía al no aparecer constituiría una vulneración a dicho principio.⁶²

4.4. La amnistía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Es cierto, que existen ciertas referencias a la amnistía en la doctrina del Tribunal Constitucional a raíz de la Ley de Amnistía de 1977. Sentencias que han sido interpretadas de maneras dispares, y que a continuación pasamos a presentar.

En primer lugar la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/1983, de 20 de julio, encontrando la alusión en el fundamento jurídico número 2, destacaremos el siguiente fragmento “Tenemos por cierto que resultaría insuficiente, y acaso equivocado, el examinar el Real Decreto-ley 10/1976, y las otras disposiciones citadas, desde una perspectiva limitada a los análisis que ven en la amnistía un instituto fundado en la *clementia principis* y un ejercicio del derecho de gracia (...)pues, sin dejar de tener éste alcance en algunos de sus contenidos, destaca en el caso actual la razón derogatoria retroactiva de unas normas, y de

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Sinrazones para la amnistía” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p.203.

⁶⁰ Art. 14 Constitución Española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁶¹ ARAGÓN REYES, M., *Ob. Cit.* “La Constitución no permite la amnistía”, p. 66.

⁶² VIADA BARDAJÍ, S., “Amnistía a la carta”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024. p. 107

los efectos anudados a las mismas (...).La amnistía responde así -en el caso de las disposiciones que hemos citado- a una razón de justicia, como exigencia derivada de la negación de las consecuencias de un derecho anterior (...). la amnistía que estudiamos, alumbrada por la idea de una negación de las consecuencias subsistentes de un derecho anterior cuya corrección se hizo indispensable, es algo que se asienta firmemente en el valor de la igualdad y en la sujeción de todos los poderes públicos -también del legislativo- a este valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1 de la C.E.)”.

Fragmento, con diversas interpretaciones. Para los partidarios de la constitucionalidad de la amnistía, esta alusión refuerza la tesis de entender la amnistía como un ejercicio de la potestad legislativa en materia penal, y no como una manifestación del derecho de gracia.

A mi juicio, esta primera idea no puede interpretarse de forma aislada, sino que debe ir ligada a la segunda parte del fragmento, que exige que la amnistía responda a una “razón de justicia como exigencia derivada de la negación de consecuencias de un derecho anterior” no podemos desligar una frase de la sentencia, del motivo y contexto en el que se dicta. Además, a mi modo de ver, de la lectura exacta del fragmento no se puede entender que se niegue tajantemente la caracterización de la amnistía como medida de gracia, lo que se dice es que resulta “insuficiente” limitar el análisis a dicho ámbito. Pero, además, la importancia que le da en cuanto al ámbito de la legislación penal tiene sentido en el contexto en el que se concede dicha amnistía, que, si efectivamente no es un simple perdón, viene a negar un derecho penal anterior en el marco de una dictadura, como objeto de un proceso de transición a la democracia.

A raíz de este fragmento, RUIZ ROBLEDO⁶³ hace dos precisiones, en primer lugar, que en ningún momento la sentencia entra a valorar la constitucionalidad o admisibilidad de una ley de amnistía, afirmando que “definir cualquier institución jurídica no supone considerar que la Constitución la admita, lo mismo que aplicar la igualdad en la interpretación de una ley previa a la Constitución no nos dice mucho sobre la admisibilidad futura del contenido de una ley cualquiera”.

Y, en segundo lugar, se centra en la mencionada exigencia de razón de justicia y la negación de las consecuencias de un Derecho anterior, preguntándose, que Derecho anterior se pretende negar en el marco de un Estado constitucional de Derecho asentado.

⁶³ RUIZ ROBLEDO, A., “¿Respalda el Tribunal Constitucional la amnistía?” *El Español*, 6 de octubre de 2023.

La segunda sentencia en la que encontramos alusión a la amnistía es la STC 76/1986, de 9 de junio, que viene a resolver un recurso de inconstitucionalidad contra dos leyes del País Vasco, que cabe señalar que en ningún caso podemos entender que estas leyes establezcan ninguna amnistía. Si bien encontramos una mención a la figura, en la que el Constitucional continua centrando el análisis en la superación de un régimen anterior, en este caso el franquista, encontrando el siguiente fragmento: “sobre este presupuesto operará la amnistía extinguiendo la responsabilidad, según unos (el delito o la falta, según otros), para hacer desaparecer, con fundamento en una idea de justicia, las consecuencias de un Derecho anterior, que se repudian al constituirse un orden político nuevo, basado en principios opuestos a los que motivaron la tacha de ilicitud de aquellas actividades”. Podemos ver como reitera la doctrina que inicia en la primera sentencia analizada, y que, en el plano actual, nos hace seguir preguntándonos, ¿qué derecho anterior debe negarse en una democracia asentada? ¿qué principios opuestos provocaron la tacha ilicitud de cualquier actividad cuando estamos en un contexto de un mismo orden político, en un Estado constitucional de Derecho?

La tercera sentencia que encontramos es la STC 147/1986, de 25 de noviembre, en la que se tratan diversas cuestiones de inconstitucionalidad sobre la “Disposición adicional de la Ley 1/1984, de 9 de enero, de adición de un nuevo artículo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía”. En este caso ya encontramos una sentencia que trata de forma directa la ley de amnistía. Se viene diciendo que el ser la ley 1/1984 una ley postconstitucional, la sentencia admite así el ejercicio de la amnistía, sin embargo, es el propio tribunal el que viene advirtiendo de que “la Ley 1/1984 no tiene sentido autónomo, sino que puntualiza algunos aspectos discutidos del régimen jurídico de la Ley de 1977, en la que verdaderamente se materializa el ejercicio de la facultad de gracia” y que “la Ley 1/1984 ni siquiera supone en sí misma manifestación del ejercicio del derecho de gracia, pues constituye una mera precisión en el régimen jurídico de aquél, consistiendo el problema en determinar si el legislador no ha vulnerado con el contenido de la referida Ley otras previsiones constitucionales que las contenidas en el art. 62 i) de la C.E”.

Además, el fallo fue la inconstitucionalidad de esta ley por vulnerar la seguridad jurídica, y como argumenta RUIZ ROBLEDO⁶⁴ “si esa Ley no era una ley de amnistía en sentido estricto, no regulaba hechos posteriores a la entrada en vigor de la Constitución y además fue declarada inconstitucional, parece que las opiniones que el Constitucional dio sobre ella poco pueden respaldar la constitucionalidad de una ley de amnistía de 2023...”

Otro de los fragmentos en los que unos y otros se han apoyado es el siguiente: “Esta caracterización de la naturaleza de la Ley de 1984 no tiene un interés meramente teórico, sino que resulta trascendente para responder a alguna de las cuestiones planteadas, especialmente su presunta contradicción con lo dispuesto en el art. 62 i) C.E., que atribuye al Jefe del Estado el ejercicio del derecho de gracia en los términos legalmente fijados. Razonan algunos de los Magistrados proponentes que esto es así, pues si el Jefe del Estado necesariamente ha de ser quien acuerde «lo menos» -el indulto-, con mayor razón ha de suceder esto si se trata de acordar «lo más» -la amnistía-. Prescindiendo del hecho de que 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, es lo cierto que la Ley 1/1984 ni siquiera supone en sí misma manifestación del ejercicio del derecho de gracia”⁶⁵

Los defensores de la constitucionalidad de la amnistía se basan en este fragmento para señalar que al establecer entre el indulto y la amnistía una diferenciación de índole cualitativa, el Tribunal rechaza el argumento esgrimido por gran parte de la doctrina “en relación con que si la Constitución había prohibido expresamente la concesión de indultos generales era superfluo introducir en la Carta Magna la prohibición de la amnistía porque se daba por entendido”.⁶⁶

Replica RUIZ ROBLEDO a esta reflexión que “es el intérprete el que le hace decir al Constitucional que es erróneo afirmar que “si no puede lo menos (indultos generales), tampoco lo más (la amnistía)”. El Constitucional lo que dice que es erróneo es otro paralelismo: “si el Jefe del Estado necesariamente ha de ser quien acuerde “lo menos” -el indulto-, con mayor razón ha de suceder esto si se trata de acordar “lo más” -la amnistía-”.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Sentencia TC 147/1986, de 25 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1986) ECLI:ES:TC:1986:147. FJ. 2.

⁶⁶ García Rivas, N., Llabrés Fuster, A., Mira Benavent, J., Portilla Contreras, G., Rebollo Vargas, R. *ob. Cit.*. Pág.3

El máximo intérprete de la Constitución está razonando en términos institucionales, de a quién le correspondía tomar la decisión de amnistiar” Pero además incide en la siguiente frase que los defensores de la amnistía no dan relevancia, y que como hemos señalado enseguida añade: “lo cierto que la Ley 1/1984 ni siquiera supone en sí misma manifestación del ejercicio del derecho de gracia”.

Estas son las sentencias más relevantes que han sido objeto de debate, si bien los partidarios de admitir la amnistía señalan que exactamente hay 22 sentencias que mencionan la palabra amnistía, situación que no adquiere mayor relevancia si estas sentencias no añaden ninguna novedad en cuanto a aclarar la admisibilidad o no de dicha figura. Además, como hemos podido ver incluso las señaladas no sientan una jurisprudencia clara hacia ninguna de las dos posturas, y esto es porque realmente nunca se había planteado una ley de amnistía posconstitucional, hasta la reciente aprobación de la “Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña”.

5. LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA PARA LA NORMALIZACIÓN INSTITUCIONAL, POLÍTICA Y SOCIAL EN CATALUÑA

5.1. Contexto y antecedentes

En primer lugar, situaremos en contexto la presentación de la presente ley. Partimos de una década de enormes tensiones políticas en Cataluña y el resto de España, mediante distintas actividades promovidas por partidos nacionalistas e independentistas catalanes. Es bastante discutido, en función de a quien leamos desde cuando se viene gestando todo este proceso, que culminó con la declaración unilateral de independencia.

Para muchos uno de los primeros acontecimientos remarcables fue la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña de 2010, que declaró inconstitucionales 14 de los 223 artículos del texto. Especialmente disposiciones que pretendían crear una suerte de CGPJ catalán, invadiendo sus competencias.

También encontramos artículos que fueron también matizados en cuanto a su interpretación relacionados con la identificación de Cataluña como nación, los símbolos “nacionales” o los derechos históricos.

Posteriormente se produce la unión de los partidos separatistas en 2012 firmando un pacto de gobernabilidad, cuyo eje central sería la celebración de una consulta de autodeterminación.

En 2013, se aprueba en el Parlamento de Cataluña la “Declaración de Soberanía y derecho a decidir del Pueblo de Cataluña” declarada inconstitucional por el TC advirtiendo que no amparaba la celebración de un referéndum de autodeterminación.

En 2014, encontramos distintos hechos, en primer lugar, en enero se solicita al Congreso de los Diputados la cesión de competencias para la celebración de un referéndum, lo cual fue rechazado. En septiembre el Parlamento catalán aprueba la denominada “Ley de Consultas de Cataluña” bajo su amparo celebran el 9 de noviembre un “proceso participativo sobre el futuro político de Cataluña”.

En 2015 se celebran elecciones autonómicas que se plantean desde una perspectiva plebiscitaria, presentándose los partidos independentistas bajo una coalición, ganando estas elecciones. Dicha legislatura fue el caldo de cultivo de que ocurrirá en 2017, con una serie de medidas destinadas a desvincularse cada vez más del Estado. En octubre del 2016 el Parlamento catalán aprobó una resolución instando al Gobierno de Cataluña a celebrar un referéndum vinculante sobre la independencia de Cataluña, resolución que fue anulada

por el TC, y además se produce la denuncia por parte del fiscal general del Estado a la presidente del Parlamento de Cataluña, así como a los miembros de la mesa por desobediencia a las sentencias emitidas por el TC.

Y con estos antecedentes llegamos al 9 de junio de 2017, día en el que se anuncia la celebración del Referéndum sobre la independencia de Cataluña para el 1 de octubre del mismo año. Tras un año de tensiones políticas continuas, en septiembre se produce el debate y aprobación de las conocidas como “leyes de desconexión” por parte del Parlamento de Cataluña. El 6 de septiembre la “Ley del referéndum de autodeterminación de Cataluña”, y el día siguiente la “Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República Catalana”.

El 11 de septiembre el Presidente del Gobierno promueve un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra la totalidad de los preceptos que la integran. Se señalaba que la ley entraría en vigor en caso de que en el referéndum ganase el “Sí” a la independencia. Señala el Abogado del Estado que “desde su propio título se adivina que todos y cada uno de los preceptos del documento están ordenados a sustituir el orden constitucional vigente mediante la creación de un Estado independiente, la ruptura radical con el principio de soberanía nacional del pueblo español, la indisoluble unidad de la nación española, el sistema democrático y el Estado de Derecho consagrado en la Constitución, así como con los principios democráticos compartidos por los Estados democráticos de los que España forma parte”⁶⁷. Hay que añadir que con la admisión del recurso se suspendió la vigencia y aplicación de la norma.

Y así llegamos al primer día de octubre, con la efectiva celebración del referéndum (pese a que semanas antes se había iniciado una operación policial para detenerlo). Dando lugar a una jornada llena de disturbios policiales al tener interrumpir las votaciones y requisar las urnas de un referéndum calificado de ilegal. Comienza una semana de intensas tensiones, incluso teniendo que intervenir el Jefe del Estado, a través de un histórico discurso televisado el día 3 de octubre. Seguida de la “Declaración unilateral de independencia” el día 10 de octubre por el entonces Presidente de la Generalidad, Carles Puigdemont, aunque inmediatamente suspendió los efectos. Y será el 27 de octubre cuando se lleva el asunto al Parlamento declarando la independencia, el mismo día el Senado

⁶⁷ SENTENCIA 124/2017, de 8 de noviembre (BOE núm. 278, de 16 de noviembre de 2017)
ECLI:ES:TC:2017:124. Antecedentes 2.

autoriza la aplicación del artículo 155⁶⁸ de la Constitución para intervenir la comunidad autónoma.

Todo esto desemboca en uno de los juicios más importantes de nuestro país, desarrollado durante el año 2019. Fueron juzgadas un total de 18 personas, conociendo la sentencia el 14 de octubre, existiendo condenas por delitos de sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia.

5.1.1. Indultos a los condenados por el “procés catalán”

La primera medida de gracia que aparece en el caso estudiado, son los indultos concedidos en el 2021, Reales Decretos que fueron publicados en el BOE de 23 de junio de 2021. Como ya señalamos en cuanto al funcionamiento de los indultos, al estar prohibidos los indultos generales, debe existir un acuerdo individualizado de indulto a cada persona, si bien en este caso la justificación que se esgrime es la misma, los motivos de utilidad pública. Además, como bien señalamos es habitual que en los decretos de concesión de indultos se viene reduciendo la motivación a la remisión de lo señalado en el expediente, lo cual es realmente dudoso, y esto es lo que ocurre en estos Reales Decretos, si cogemos como ejemplo el Real Decreto de indulto a Oriol Junqueras vemos que aparece, al igual que en el resto la siguiente fórmula: “considerados los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, y atendiendo a las circunstancias del condenado y, en particular, a los motivos de utilidad pública que se exponen en la propuesta del Ministro de Justicia, de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, se estima que concurren las citadas razones de utilidad pública, a propuesta del Ministro de Justicia...”⁶⁹

Por tanto, además de la reacción política y social que provocaron, vemos como existen desde el punto de vista jurídico aspectos verdaderamente polémicos. Pero como ya señalamos el asunto del control de los indultos es algo verdaderamente complicado, más allá de la comprobación del cumplimiento de los aspectos formales.

⁶⁸ Art.155 CE: Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

⁶⁹ Real Decreto 460/2021, de 22 de junio, por el que se indulta a don Oriol Junqueras i Vies.

A raíz de esto encontramos como BANACLOCHE PALAO⁷⁰ realiza un análisis sobre diversas situaciones a raíz de este caso. En relación con el asunto de la motivación, pone de relieve que efectivamente se emplea una modalidad de “motivación por remisión” esto es, como hemos visto en el fragmento reproducido del Real Decreto, remitir la motivación al expediente formulado por el Ministerio de Justicia. Además, señala que no menciona en ningún caso las razones de “justicia y equidad” basando los indultos solamente en “razones de utilidad pública” concepto verdaderamente difícil de definir. Precisa el autor que, si se basan únicamente en este motivo, se debe entender que la sociedad se va a ver beneficiada por el indulto, “lo que obliga a establecer una conexión directa entre el futuro comportamiento del indultado y los efectos del indulto en la comunidad a la que se reintegra”.⁷¹

Por tanto, como indica también el autor, haciendo referencia a la propuesta de indulto, se observa cómo se prescinde de las circunstancias individuales, justificando que trasciende de la situación personal del indultado en pro de la consecución de unos intereses generales, en este caso, bajo la apreciación del Gobierno esto contribuiría a mejorar la situación política y social de Cataluña. Si en la propia propuesta se está afirmando que efectivamente los indultos no responden a las circunstancias personales del condenado, sino que se fundan en un motivo genérico como es la “utilidad pública” se plantea el autor tres interrogantes.

En primer lugar, sobre si no estamos realmente ante un indulto general, puesto que si bien es verdad existe un Decreto de indulto para cada condenado, no se está entrando a valorar la situación específica de cada beneficiado, y la razón justificante del indulto es la misma en todos ellos.

En segundo lugar, sobre la constitucionalidad de un indulto fundado únicamente en la mencionada razón de utilidad pública, ya que estamos ante un concepto absolutamente valorativo, una apreciación puramente política del Ejecutivo. Y si la figura del indulto como venimos señalando es una “ruptura constitucionalizada” de la separación de poderes y los principios y mandatos constitucionales, es ciertamente dudoso permitir que se base exclusivamente en conceptos tan genéricos y valorativos.

⁷⁰ BANACLOCHE PALAO, J., “Algunas reflexiones sobre la regulación del indulto al hilo del caso del procés.” *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, núm. 30, p. 24–43. <https://doi.org/10.36151/td.2021.013>

⁷¹ Ídem.

Y, por último, aun admitiendo que dicha causa de justificación sea suficiente, se deberá aplicar al caso concreto, y ver si en el caso de los condenados por el “proceso” concurriría. Lo cual es también complicado puesto que no se encontraron en ningún momento declaraciones de arrepentimiento, sino todo lo contrario, y además los informes preceptivos de la Fiscalía y del tribunal sentenciador fueron contrarios al indulto. Lo único que realmente es constatable en el caso concreto presentado es el aseguramiento de un apoyo parlamentario al Gobierno concedente, cuestión que señalan también ambos informes preceptivos, alertando de la necesidad de colaboración de las fuerzas parlamentarias a las que pertenecen los beneficiados para el sostenimiento del Gobierno, pudiendo entenderse que estamos ante un “autoindulto” encubierto, dado el conflicto de intereses existente.

5.2. Debate sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña

En relación con la constitucionalidad o no de la presente Ley, nos remitiremos en su mayoría a lo estudiado en el apartado sobre la admisibilidad de la figura de amnistía de forma genérica⁷². Además, debemos señalar, que muchos de los artículos citados fueron publicados cuando la Ley todavía estaba en fase parlamentaria.

Si bien es cierto que podemos alegar todos los argumentos jurídicos que ya mencionamos; si está prohibido lo menos (indultos generales) estará prohibido lo más (amnistía); la ruptura del monopolio jurisdiccional del art.117.3 de la CE, o sobre su admisibilidad la concepción de la amnistía como una manifestación de la potestad legislativa ordinaria. Al estudiar una ley concreta hay que analizar efectivamente su articulado y no limitarnos a debatir en abstracto sobre la admisibilidad de la figura en sí.

En primer lugar, hay que señalar que la Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña cuenta con una extensa exposición de motivos, seguida de 16 artículos divididos en tres Títulos (Título I: Ámbito objetivo y exclusiones, Título II: Efectos y Título III: Competencia y procedimiento) concluyendo dos Disposiciones adicionales y una Disposición final.

⁷² 4.2 La ausencia de la amnistía en la Constitución. Debate sobre su constitucionalidad.

El ámbito temporal que establece dicha Ley, viene dado en su primer artículo, que ha ido cambiando desde su presentación, apareciendo en la versión final de la Ley que “Quedan amnistiados los siguientes actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias, siempre que hubieren sido realizados entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023”⁷³

En primer lugar, como bien señala ARAGÓN REYES⁷⁴, la simple presentación de esta proposición ya podría calificarse de fraudulenta, ya que ha sido público y notorio que el verdadero promotor de la ley ha sido el Gobierno, así como de la redacción del texto, y sin embargo se optó por presentarla vía el grupo parlamentario del partido mayoritario del Gobierno, puesto que fue presentado el 13 de noviembre de 2023, fecha en la que el Ejecutivo aún se encontraba en funciones, y por tanto, no podía presentar proyectos de ley.

Sin entrar en cuestiones ideológicas, es algo constatable, que precisamente el grupo proponente, así como los miembros del Gobierno venían negando la admisibilidad de la amnistía desde que los independentistas la reclamaban, de hecho, se llegó a registrar una Proposición de Ley Orgánica de Amnistía en 2021, que fue rechazada por el Congreso tras el informe de los letrados por ser inconstitucional. Y no ha sido hasta que, tras las últimas elecciones generales, y por la necesidad de determinados votos se ha accedido a promover dicha iniciativa. Pese a que en la larga exposición de motivos se trata de justificar la medida con argumentos en base a antecedentes históricos, lo cual no parece ser muy sólido, puesto que estamos hablando de amnistías concedidas en un contexto en el que no existían constituciones democráticas, ni con la idea de la división de poderes asentada y normativizada, como es el caso actual.

De igual modo señalan argumentos en base al derecho comparado, si bien muchos de los ejemplos que se citan tienen una mención expresa en sus respectivas constituciones.

Pero como hemos visto, es cierto señalar que existen argumentos sólidos en ambas posturas para defender la admisibilidad o no de una amnistía a la luz de la Constitución,

⁷³ Artículo 1 Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

⁷⁴ ARAGÓN REYES, M. “Los problemas constitucionales de la proposición de ley de amnistía”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 108-109, diciembre 2023 - enero 2024, p. 12.

pero en el análisis de una ley concreta, como la actual, no podemos limitarnos a la vertiente formal que adquiere la decisión, sino que debemos entrar a valorar el fondo, y no desde el punto de vista ideológico, pero en el marco de una ley tan peculiar como una ley de amnistía, no estamos ante un ámbito del derecho más técnico, sino que precisamente la justificación de su concesión se basa en fines políticos y sociales que inciden de lleno en principios constitucionales.

En este sentido señala VIRGILIO ZAPATERO⁷⁵ como una de las finalidades clásicas que puede tener una amnistía es “recomponer el espacio público mediante la integración de quienes lo abandonaron y que, volviendo por sus pasos, asumirán ahora lealmente la Constitución a cambio del perdón” lo cual parece que en el caso concreto tampoco se cumple, puesto que hemos visto declaraciones continuas de los futuros beneficiados señalando que volverán a hacer aquello por lo que fueron condenados, y ahora amnistiados.

Del mismo modo, señalan diferentes autores que, pese a la posibilidad de conceder actualmente una amnistía, en todo caso deberá hacerse un análisis de los costes y beneficios. Así señala LASCURAÍN SÁNCHEZ⁷⁶ que “amnistiarse no es derogar una norma penal porque carezca de sentido, sino inaplicarla en ciertos casos, aunque sigamos creyendo en ella” y así en términos de costes podemos ver como se amnistiarán delitos como la malversación o los desórdenes públicos, pero solamente a aquellos que se encuentren dentro de los límites materiales y formales de la ley ¿por qué dicha malversación se puede perdonar y otra cometida al margen del proceso catalán no?

Pero más allá de esto, existen costes en términos constitucionales que afectan de lleno a nuestro Estado de Derecho, a principios tan básicos como el de igualdad, seguridad jurídica o división de poderes. Si en el caso concreto nos encontramos ante un grupo de políticos que atentaron contra el orden constitucional, lo que provocó la actuación del Tribunal Constitucional, el Senado aplicando el artículo 155, las fuerzas y cuerpos de seguridad, y en último término el Poder Judicial, estamos, por tanto, en términos de costes, deslegitimando toda la actuación del Estado. Porque como venimos advirtiendo, también

⁷⁵ ZAPATERO, Virgilio.: “La amnistía y el oso del profesor Recaséns”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p.110.

⁷⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio., ob. cit. p.189.

en base a la escasa doctrina constitucional, la amnistía no es sino la negación de las consecuencias de un derecho anterior, por razones de justicia, por la incompatibilidad con unos nuevos principios.

Por tanto, si en toda amnistía se producen estos costes, debe hacerse una compensación con los beneficios que pueda acarrear. Si cogemos de ejemplo la ley de amnistía de 1977, coincidiremos en que se dio en un contexto de transición a la democracia y que constituyó un elemento fundamental para la reconciliación nacional tras una guerra y posterior dictadura. En el caso actual, se hace referencia continuamente en la exposición de motivos al “interés general” y a la “concordia en Cataluña y el resto de España”.

También desde este enfoque realizó REY MARTÍNEZ⁷⁷ su exposición centrándose en la idea del control de proporcionalidad, afirmando que la amnistía, como medida que limita derechos y principios constitucionales, debe superar dicho control, al margen de si jurídicamente cabe o no la figura, debe atenderse a sus límites.

En este sentido establece los cuatro pasos de los que consta el proceso en atención a esta ley concreta.

En primer lugar, cumplir una finalidad constitucional, que como hemos señalado en la exposición de motivos alude constantemente al “interés general” y la “convivencia social” pero si atendemos a los hechos, y a las declaraciones de los intervinientes, no podemos negar que esta amnistía no se hubiera propuesto si no fuera necesario el apoyo parlamentario de los amnistiados. Por tanto, realmente más que un beneficio social, un interés general, vemos como existe un beneficio otorgado a los amnistiados a cambio de apoyar la investidura de los “amnistantes”, por lo que como bien señala el autor, no estamos sino ante una suerte de “auto amnistía” lo cual es sin lugar a duda constitucional.

Pero continua la exposición, obviando este asunto, advirtiendo que aun considerando que las intenciones fueran las mencionadas en la exposición de motivos, no puede basarse una medida de tal excepcionalidad en meras alusiones genéricas a dichos

⁷⁷ Senado de España. Comparecencia del catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, D. Fernando Rey Martínez, ante la Comisión conjunta de las Comisiones Constitucional y de Justicia, para informar en relación con la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. (Núm. exp. [713/000062](https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/video/index.html?s=15_S011031_006_01&a=250090&t=1))
https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/video/index.html?s=15_S011031_006_01&a=250090&t=1

conceptos, sino que debe analizarse con datos que el beneficio sea tal. Realmente si atendemos a las conductas de los amnistiados, se señala en la exposición de motivos que esta amnistía es el paso posterior a los indultos y a la derogación del delito de sedición, afirmando que han sido elementos que han contribuido a devolver a la senda del cumplimiento del ordenamiento a los independentistas, sin embargo, podemos entender, así lo señala el autor, que lo que realmente paró las conductas de los independentistas fueron la intervención del Estado. No parece coherente señalar que han vuelto a cumplir el ordenamiento constitucional, cuando la única razón que ha habido para evitar conductas como las del 2017 es que durante estos últimos años se ha ido cediendo en todas sus exigencias.

Además, como ya se ha señalado, si atendemos a las declaraciones continuas de los principales exponentes independentistas, en ningún caso se puede interpretar la idea del acatamiento constitucional, ni la búsqueda de la concordia tras lo sucedido, puesto que no encontramos en ningún caso declaraciones de arrepentimiento, sino todo lo contrario, afirmaciones continuas de que lo volverán a hacer.

La última precisión que hace al respecto del concepto de “interés general”, concepto de difícil delimitación, es su relación con el consenso social. Parece evidente exigir que una medida política de semejante excepcionalidad sea algo apoyado por la ciudadanía así por el mayor respaldo parlamentario posible, circunstancias de las que esta ley no goza. Si bien la ley se ha tramitado como ley orgánica, con el voto de la mayoría absoluta, dada la excepcionalidad de la medida parece insuficiente (así lo ha señalado también la Comisión de Venecia) y abre la puerta a que, en caso de admitirse, quien en el futuro goce de mayoría absoluta en el Congreso, pueda amnistiar a su interés.

Continuando con el proceso del control de proporcionalidad, aparece el segundo principio “la idoneidad” es decir, que la medida adoptada sea adecuada para resolver el objetivo fijado. Parece que en relación con la idea de “convivencia social” no ha sido realmente fructuosa, porque hemos visto como se ha abierto un debate, un “foco de crispación social institucional”.

El tercer principio sería la indispensabilidad. Preguntándose si esta medida es imprescindible para conseguir los objetivos citados. Pues parece que no puesto que por ejemplo podría acudir a los indultos particulares como ya se hizo, realmente solo parece imprescindible para conseguir el apoyo parlamentario. Además, en cuanto a ley restrictiva

de principios constitucionales, debería ser la restricción mínima indispensable, cuestión que tampoco se da puesto que de la lectura del articulado vemos como es una “ley de máximos en cuanto a su duración temporal y los delitos y conductas ilícitas a los que se refiere”.

Y, por último, la idea de proporcionalidad en sentido estricto, como ya hemos señalado es imprescindible hacer un análisis costes-beneficio, y lo que aquí se pone en juego es algo realmente serio, es la deslegitimación de todo un sistema, que actuó en todo momento conforme a la ley. La aprobación de esta ley supone asumir el discurso independentista que durante años viene afirmando que existe una persecución política por sus ideas, por tanto, como señala el autor, de cara a la comunidad internacional implica “reconocer oficialmente que teníamos un sistema constitucional democrático que era para ciertas personas concretas, unas 400, un sistema injusto”.

En definitiva, encontramos en esta exposición un punto de vista diferente al que veníamos viendo en relación exclusivamente con los aspectos formales, los argumentos jurídicos que se han expuesto a favor y en contra de la admisibilidad de la amnistía, centrando el estudio, y señalando la posible inconstitucionalidad de la ley, en la arbitrariedad y la desproporcionalidad de la medida.

5.3. Análisis del articulado de la Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña

La rúbrica de la presente ley comienza con una extensa exposición de motivos, continúan tres títulos, el primero “ámbito objetivo y exclusiones” abarcando los artículos uno y dos; el segundo, “Efectos” artículos tres a ocho; y el tercero sobre “Competencia y procedimiento” artículos nueve a dieciséis. Concluyen tres disposiciones finales.

El artículo 1 delimita el ámbito objetivo de la Ley, ha sido criticado por múltiples órganos por su deficiente delimitación y exceso de amplitud, pudiendo acarrear problemas interpretativos en su aplicación, afectando por tanto al principio básico de seguridad jurídica. La finalidad tanto de este artículo como del segundo será precisar las conductas que quedan amnistiadas, siendo, por tanto, el eje central de esta norma, habiéndose incluido todas las acciones susceptibles de generar responsabilidad penal, administrativa o contable. Es importante señalar un aspecto, cuando se establece la obligación de dictar el sobreseimiento libre de los procesos independientemente del momento procesal en el que

se encuentren, esto ha sido criticado en el Informe emitido por el CGPJ al entender que “si el núcleo determinante, descriptivo, que debe servir para deslindar las conductas amnistiables de las que no pueden serlo es la intención o propósito real del sujeto, resulta altamente improbable que el órgano judicial competente cuente con los elementos de juicio necesarios para decretar el sobreseimiento libre en la fase de instrucción o intermedia o incluso cuando la amnistía se plantea como artículo de previo pronunciamiento. Solo un conocimiento pleno -desde el punto de vista de la aplicación de la ley penal- de los hechos y sus responsables puede ofrecer los elementos imprescindibles para determinar si el delito se encuentra dentro del marco de aplicación de la amnistía, siendo necesario para ello que el juicio oral se haya desarrollado”⁷⁸.

El artículo 2 es el que probablemente más controversias genere en la aplicación de la norma, y ha generado en la tramitación parlamentaria, en él se establecen los hechos que quedarán excluidos de la aplicación de la amnistía. Ha ido sufriendo modificaciones a lo largo de la vida parlamentaria quedando finalmente constituido por siete apartados; se excluyen actos dolosos que hayan producido resultado de muerte, daños al feto pérdida de órganos o miembros, los actos tipificados como torturas o tratos inhumanos o degradantes, también se excluyen los actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo, según la Directiva (UE) 2017/541, en este punto se han encontrado posibles dudas de compatibilidad con la directiva mencionada, ya que en un primer momento requería que para quedar excluidos estos actos existiese sentencia firme, lo cual suponía una clara situación de impunidad no permitida por la norma europea, finalmente se añade otro criterio, y es que dichos actos hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos, lo cual es ciertamente criticable e incluso contradictorio, además de plantear dudas en cuanto a la compatibilidad con la Directiva así como con nuestra legislación penal que además se obvia en este artículo, cuando es la que realmente ha transpuesto esta Directiva y que por tanto, debe regir. Más adelante ahondaremos en esta situación en relación con el análisis de la norma a la luz del Derecho Europeo. Lo mismo sucederá con el apartado e) que excluye aquellos actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea.

Quedan excluidos también actos tipificados como delitos en cuya ejecución hubieran sido apreciadas motivaciones racistas, antisemitas, antigitanas u otra clase de

⁷⁸ Informe sobre la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. CGPJ Pág.74.

discriminación. Así como actos tipificados como delitos de traición y contra la paz o independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional.

El Título II señala los efectos de la Ley en cada ámbito concreto, el artículo tres señala que con carácter general la amnistía produce la extinción de la responsabilidad penal, administrativa o contable.

El artículo cuatro lo dedica a los efectos sobre la responsabilidad penal, ordenando la inmediata puesta en libertad de las personas beneficiarias, así como la pérdida de efecto de las órdenes de busca y captura, este punto también entra en una posible incompatibilidad con el derecho europeo al afectar también a las ordenes europeas de detención. Además, se ordena el alzamiento de las medidas cautelares aun cuando se produzca la suspensión del procedimiento penal por cualquier causa. Además, debe darse por finalizada la ejecución de cualquier pena privativa de libertad, de derechos y multa, y las penas cumplidas no podrán ser abonadas en otros procedimientos. Se eliminarán también todos los antecedentes penales derivados del acto amnistiado.

El artículo quinto lo dedica a los efectos sobre la responsabilidad administrativa, ordenando del mismo modo el archivo administrativo de todo procedimiento administrativo incoado, así como el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas.

El artículo sexto, sobre los efectos en los empleados públicos, dicta la reintegración de aquellos empleados públicos sancionados o condenados, si bien no se les reconoce derecho a recibir ningún haber, si se les computará el tiempo que estuvieron privados a efectos de antigüedad.

Pese a lo descrito no se reconoce derecho a recibir indemnizaciones, así lo señala el artículo séptimo. Y el último artículo de este Título, el octavo se dedica a la responsabilidad civil y contable, que quedarán también extinguidas, incluyendo las que estén siendo objeto de procedimientos tramitados ante el Tribunal de Cuentas, salvo aquellas que ya hubieran sido declaradas en virtud de sentencia o resolución administrativa firme y ejecutada.

Y el Título III, sobre Competencia y procedimiento, que corresponderá a los órganos judiciales que se indican en el artículo once tanto del orden penal como del contencioso-administrativo (artículo doce), exigiendo la Ley una tramitación preferente y

urgente, y estableciendo normas para los casos en los que existan sentencias firmes. Sus propios artículos tienen también los procedimientos en ámbito contable y administrativo.

Por último, el artículo dieciséis reconoce la posibilidad de interponer los recursos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Para que todo ello se haga posible se requieren modificaciones en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y en el Código Penal, para introducir la amnistía como causa de extinción de responsabilidad, introducidas mediante Disposiciones Adicionales finales.

5.4. Comparación con la Ley de Amnistía de 1977

A raíz de todo lo expuesto a esto al momento, parece bastante aventurado intentar asimilar la actual amnistía con la concedida en 1977. Pero aun así no pocos autores, incluso la propia exposición de motivos, han intentado asemejarlas.

Comenzaremos analizando el contexto, lo cual es fundamental, en 1977 nos encontramos en medio de un proceso de transición democrática, tras una dictadura, proceso que consiguió reconciliar a las “dos Españas” y fue realmente exitoso dada la dificultad y las tensiones planteadas. Por tanto, a la vista de las circunstancias sociales, de la búsqueda de la concordia encontramos en esta amnistía las notas caracterizadoras de una verdadera amnistía, supone la constatación de un cambio de régimen, la negación de las consecuencias de un derecho anterior en base a una idea de justicia que ya no es compatible con los principios democráticos que pretendían instaurarse. Como señala TAJADURA TEJADA⁷⁹ “la ley de amnistía supuso una suerte de condena moral del régimen franquista y se fundamentó además de en el citado principio de reconciliación nacional en la consideración como «Derecho injusto» del ordenamiento bajo cuya vigencia se habían cometido los actos que eran amnistiados. Se trataba ciertamente de empezar una nueva etapa”.

En la amnistía actual, nada de esto se cumple. Los beneficiados con la actual amnistía cometieron sus delitos en el contexto de una democracia constitucional, basada en el Estado de Derecho, y fueron condenados conforme a tal, con todas las garantías.

⁷⁹ TAJADURA TEJADA, Javier.: “Estado Constitucional y amnistía” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p.97.

Además, entendiendo la amnistía como la negación de un derecho anterior injusto, estamos deslegitimando el propio ordenamiento y sistema que todavía sigue rigiendo, puesto que no estamos ante un contexto de cambio de régimen, a salvo de que como advierte también TAJADURA TEJADA “que lo que se persiga con ello sea precisamente cuestionar la legitimidad de nuestro Estado Constitucional y en último término poner fin al régimen del 78”⁸⁰. Así como la deslegitimación de la actuación del Poder Judicial en aplicación de dicha legalidad.

También ha escrito sobre esto DE MIGUEL BÁRCENA, analizando tanto la ley de amnistía de 1977 como la actual en consonancia con la Ley 20/2022 de Memoria Democrática, aprobada por los mismos grupos que ahora apoyan la amnistía. En la citada ley establece el artículo 2.3 lo siguiente “Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables.” Lo que ha sido interpretado como una repudiación simbólica de la ley de amnistía, puesto que muchos consideran que esto fue un instrumento de auto amnistía para el franquismo, lo cual en ningún momento fue considerado en 1977 y así lo reflejan los diferentes debates acontecidos en las Cortes. El autor señala la idea de “repudiación simbólica” puesto que lo recogido en el artículo es impracticable ya que como señala el Tribunal Supremo y recoge el autor “la pretendida imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad – entre ellos el genocidio – solo es presumible una vez hayan sido incorporados a nuestro ordenamiento”.⁸¹

En definitiva, lo que el autor señala es la incoherencia de inicialmente rechazar la ley de amnistía de 1977, hasta el punto de incluirlo en una ley, con la actual reivindicación de esta señalando la actual amnistía como continuación del espíritu de concordia de la Transición. Advertiendo el autor que si esto es así debería derogarse el art.2.3 de la Ley 20/2022, y que “si no se procede con la derogación, habremos de entender que con la aprobación de una

⁸⁰ *Ibidem* p.98.

⁸¹ DE MIGUEL BÁRCENA, Josu.: “Memoria, amnistía y Transición”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p.130.

nueva ley (orgánica) de amnistía, se está abriendo en realidad un nuevo proceso de transición constitucional”.⁸²

5.5. La Ley Orgánica de Amnistía a la luz de los distintos informes

Es realmente útil a la hora de analizar todas las dudas que se han ido planteando a lo largo de este trabajo fijarnos en los informes emitidos por distintos órganos, así nos fijaremos principalmente en las “Observaciones Técnicas a la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña” elaboradas por los Letrados del Congreso de los Diputados adscritos a la Comisión de Justicia, en el “Informe de la Secretaría General del Senado sobre la Inconstitucionalidad del Dictamen del Pleno del Congreso sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social de Cataluña”, en el “Informe sobre la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña” del Consejo General del Poder Judicial y en las opiniones emitidas por la Comisión de Venecia.

5.5.1. Observaciones Técnicas a la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña.

En primer lugar, debemos contextualizar este informe, emitido el 10 de enero de 2024, aún la Ley era una proposición que se encontraba en la Comisión de Justicia. El presente informe comienza con una consideración general en la que ya se advierte de que, la entonces iniciativa plantea dudas de que pueda tener cabida en la Constitución, de manera que debiera ser articulada a través del procedimiento de reforma constitucional, y señala que esta proposición podría desbordar la consideración de ley singular.

Continúa haciendo una breve referencia a la extensa exposición de motivos, para entrar a realizar distintas consideraciones sobre el articulado.

En relación con el artículo 1 observa una indeterminación de los delitos comprendidos en la amnistía que puede lesionar el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE, basando esta observación en doctrina constitucional (STC 147/1986 FJ 3 y STC 134/2019 sobre leyes singulares). Además, observa la inclusión en el apartado

⁸² Ídem. p. 133.

c) de los actos que hubieran consistido en la aprobación de leyes, lo cuál no es competencia de autoridades o funcionarios públicos, sino de órganos parlamentarios.

Señala también la amplitud del marco temporal establecido, que excede considerablemente a los actos propiamente dados en 2017.

Continúa señalando las complicaciones que pueden surgir en relación con la adaptación de la norma al Derecho de la UE, especialmente en materia de malversación y terrorismo, que posteriormente desarrollaremos. Del mismo modo, señala el apartado 3 (en el texto final aprobado, apartado b)) del artículo 4, en relación con las órdenes europeas de detención.

Además, señala un aspecto que en la redacción final no aparece, que venía a establecer el alzamiento de las medidas cautelares incluso cuando existiera un recurso o cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley, lo cual, señalan los letrados, que puede suponer que la proposición pretendiese regular una cuestión referida a la LOTC sin modificar dicha ley.

Para concluir aparecen una serie de observaciones de carácter técnica sobre redacción y rúbrica de la Ley.

5.5.2. Informe de la Secretaría General del Senado sobre la Inconstitucionalidad del Dictamen del Pleno del Congreso sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social de Cataluña.

En este caso, estamos ya ante un informe mucho más completo, que desborda los aspectos puramente técnicos y que, como su nombre indica, va a detallar los motivos de inconstitucionalidad que se encontraron en la entonces Proposición de Ley.

En primer lugar, justifican la procedencia de dicho informe, basada en la función de asesoramiento jurídico y técnico de los letrados de las Cortes Generales ligado con el deber de acatamiento a la Constitución como se desprende de los artículos 8 y 14 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales.

El informe se divide en cinco apartados: el primero, “Análisis de las vulneraciones del procedimiento legislativo durante la tramitación en el Congreso de los Diputados; segundo, “Análisis de la inconstitucionalidad material y formal de la iniciativa”; tercero,

“Compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea”; cuarto, “La compatibilidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”; y quinto, “Posibles actuaciones que se pueden emprender en defensa de las atribuciones del Senado como Cámara y de los derechos fundamentales de los Senadores”.

Es interesante el primer apartado en cuanto al procedimiento legislativo, al que no se ha prestado mucha atención en la multitud de opiniones que han surgido a raíz de esta ley.

En este punto debemos hacer un breve inciso, que no aparece en el presente informe, y es que desde el mismo inicio del procedimiento ya encontramos una vulneración, ya que como vemos fue presentado mediante una proposición de ley, es decir, presentada por un grupo parlamentario, pese a que como hemos podido observar es indudable que estamos ante un texto surgido del propio Ejecutivo lo que exigiría ser presentado por el Gobierno como proyecto de ley. El problema es que cuando se registra la iniciativa, el Gobierno se encuentra en funciones y, por tanto, en base al artículo 21 de la Ley del Gobierno, el Gobierno en funciones no puede ejercer la facultad de presentación de proyectos de ley. Por tanto, se ha eludido dicha limitación mediante la presentación por el grupo parlamentario.

Continuando con lo señalado en el informe, aparece en primer lugar el rechazo del texto en votación final de conjunto en el Pleno del día 30 de enero de 2024, pese a lo cual se devolvió de nuevo a la Comisión de Justicia “contra toda lógica democrática y contra las reglas contenidas al respecto en los artículos 79.2 de la Constitución y 79.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados en relación con el artículo 132.1 del mismo”⁸³. Lo que sucedió es que en dicho Pleno se dio un rechazo de la votación final del texto por mayoría absoluta, sin obtener siquiera mayoría simple a favor. Lo que a juicio de los letrados del Senado supone que ha “decaído el procedimiento legislativo, de modo que, si se desea que la iniciativa vuelva a ser traída a la consideración de las Cámaras para su tramitación como ley, debe presentarse de nuevo y comenzar *ab initio* el *iter* legislativo”.⁸⁴ Y pese a ello, la Mesa del Congreso entendió que procedía la devolución a la Comisión, mediante una

⁸³ Informe de la Secretaría General del Senado sobre la Inconstitucionalidad del Dictamen del Pleno del Congreso sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social de Cataluña. Pág. 5.

⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 6.

interpretación del art.131.2 sobre las proposiciones de ley orgánica del Reglamento del Congreso que señala que “su aprobación requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara en una votación final sobre el conjunto del texto. La votación será anunciada con antelación por la Presidencia de la Cámara y, si en ella se consigue la citada mayoría, el proyecto será remitido al Senado. Si, por el contrario, aquélla no se consiguiese, el proyecto será devuelto a la Comisión, que deberá emitir nuevo dictamen en el plazo de un mes.” El acuerdo de la Mesa interpreta que el rechazo del Pleno, por mayoría absoluta, equivale a no alcanzar dicha mayoría, necesaria para la aprobación de leyes orgánicas. Lo que este informe considera una “directa contravención con el principio democrático mayoritario como única forma de adopción de acuerdos, consagrado en el art.79.2 de la Constitución (y reproducido literalmente en el artículo 79.1 del Reglamento de la Cámara Baja)”⁸⁵.

En segundo lugar, señala el informe en este apartado la infracción del procedimiento de urgencia con la prórroga de quince días para que la Comisión de Justicia emita un nuevo dictamen. Situación que difumina la existencia de la urgencia, además el art.131.2 establece un mes, que se reduce a la mitad en caso de prever la urgencia, sin que aparezca posibilidad de ampliarlo.

Y, en tercer lugar, la falta de emisión de un nuevo Dictamen por la Comisión de Justicia en contra de lo exigido en el art.131.2 del Reglamento del Congreso, en relación con los artículos 113 y 114. Se ignoró la fase de Ponencia y se reformó el Dictamen anterior, en contra del procedimiento de doble lectura. Todo esto hace que este informe señale que “lo que se ha votado finalmente en el Pleno del Congreso del 14 de marzo y que se ha remitido al Senado, sea un texto nulo resultado de un procedimiento irregular”⁸⁶.

El segundo apartado del que se ocupa el informe es el análisis de la inconstitucionalidad material y formal de la iniciativa. Recoge prácticamente todos los argumentos que hemos ido esgrimiendo a lo largo de este trabajo, partiendo de la falta de previsión en la Constitución, acogiendo la postura de que si no se pueden autorizar indultos generales menos podrán acordarse amnistías, señalando además el principio general del Derecho de la aplicación restrictiva de las excepciones, que en todo caso deben estar limitadas y expresamente prevista, lo cual no ocurre con la amnistía.

⁸⁵ *Ibidem*. Pág.7.

⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 16.

Responde también al argumento de aquellos que entienden la amnistía como una facultad del poder legislativo, y que, por tanto, las Cortes Generales pueden legislar por todo lo no mencionado por la Constitución, señalando en el informe que “tal posición de relativismo normativo (todo lo no prohibido, está permitido) deja en papel mojado la Constitución. ¿Para qué serviría entonces la Constitución si el legislador, al margen o más allá de la Constitución, puede regular una figura que la misma quiso excluir expresamente? La potestad legislativa no es ilimitada”⁸⁷ basando esta idea en la sujeción del Parlamento a la Constitución en base al artículo 9.1 de ésta. Señala además las enmiendas planteadas en el proceso de elaboración de la Constitución que pretendían incluir las amnistías en ella, las cuales fueron rechazadas, además señala como la idea que se tenía de ellas, no era como una facultad derivada de la facultad legislativa ordinaria, sino que se concebía como un acto parlamentario no legislativo. En este mismo sentido dice el informe que “la amnistía no es una ley, en sentido material, porque es un acto de suspensión de la vigencia de otra ley, el Código Penal. Como la jurisprudencia admite que el contenido de la ley sea un acto, es una ley formal, pero no lo es en sentido material, de creación, modificación o eliminación de relaciones jurídicas. En términos de reserva normativa, la amnistía no constituye reserva de ley más que si la Constitución expresamente así lo contempla. Se trata de una reserva material no de ley, sino de Constitución, porque supone la excepción al deber de cumplimiento del Derecho Penal (última ratio de los medios de control social) y por los derechos fundamentales a cuyo contenido esencial afecta”⁸⁸ Y que, por tanto, en base a esta idea concluye que estamos ante “una reforma constitucional encubierta o un fraude constitucional o un producto normativo imposible, pues para otorgar una amnistía como la que se pretende sería necesario que previamente se reformara la Constitución para prever expresamente la posibilidad de que las Cortes Generales otorguen amnistías”⁸⁹.

Señala a continuación las vulneraciones que expresamente se producen. En relación con las vulneraciones materiales indica que esta Ley incurriría en motivos de inconstitucionalidad por la vulneración de varios principios, valores y derechos fundamentales.

Vulneración del valor superior de la justicia (artículo 1.1) y del principio de separación de poderes. Invasión del ejercicio de la función jurisdiccional (artículos 66.2 y

⁸⁷ Ibídem. Pág. 22.

⁸⁸ Ibídem. Pág. 26.

⁸⁹ Ibídem. Pág.27.

117.1 y 3). Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1). Ya que supone una injerencia en la labor de la potestad jurisdiccional que ostentan en exclusiva Jueces y Magistrados, y así lo señala el artículo 117 de la Constitución, injerencia que se produce sin respaldo constitucional. Así aparece en el informe que “en el marco constitucional actual, para que quede justificada la injerencia en la función jurisdiccional, el ejercicio de la amnistía, como cualquier potestad pública, debe ejercerse con arreglo al marco constitucional (artículo 9.1 de la Constitución)”.

Además, señala la vulneración de otros valores, como el valor superior de igualdad (artículo 1.1 CE) así como del principio de igualdad (artículo 14 CE) ya que otorgar esta amnistía supone una discriminación en cuanto al cumplimiento de la Ley, al que todos los poderes públicos y ciudadanos estamos sujetos. Existe aquí una discriminación ya que se trata favorablemente a un grupo de personas en relación con unos hechos concretos y en conexión con los intereses políticos que existen al otorgar esta medida.

Así como la vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal (artículos 9.3 y 25.1 CE) ya que como señalaron los letrados del Congreso en las observaciones técnicas, tratadas en el apartado anterior de este trabajo, existe una gran indeterminación en el ámbito de aplicación y temporal de esta amnistía.

A continuación, el informe realiza un estudio sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, que trataremos específicamente en un apartado posterior.

Y termina, señalando las posibles actuaciones judiciales ante la remisión al Senado de un texto con posibles vicios de inconstitucionalidad, materiales y formales. Señala que la legitimación para iniciar actuaciones judiciales se adquiere cuando la proposición entre en la Cámara. Se plantea la posibilidad de emprender un conflicto entre órganos de naturaleza constitucional (artículos 73 a 75 de la LOTC). Así como de la interposición de un recurso de amparo por parte cualquier Senador o Grupo Parlamentario, por vulneración del artículo 23 de la Constitución.

5.5.3. Informe CGPJ sobre la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña

El informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial fue aprobado por nueve de los dieciséis vocales en Pleno. El texto no hace, sino que reiterar todo lo expuesto

por distintos autores, así como las distintas ideas en las que ahondan los informes de los letrados del Congreso y la Secretaría General del Senado que ya hemos analizado.

Asume la posición del no encaje de la amnistía en la Constitución al no encontrarse recogido expresamente en el articulado. Cuestiona, de igual manera que el informe del Senado, la tramitación parlamentaria, centrándose en la elección de la vía como proposición de ley y no como proyecto. “El silencio sobre la amnistía en la Constitución, unido a la prohibición de los indultos generales, no puede interpretarse como que tiene reconocimiento constitucional implícito. Así debe concluirse, además, que en la elaboración de la CE la voluntad fue la de excluir, de manera expresa, toda referencia a la amnistía en el texto constitucional.”⁹⁰

Pone el foco en la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y al principio de separación de poderes, y argumenta que la ley tampoco supera el juicio de constitucionalidad de acuerdo con su naturaleza de ley singular, no superando el juicio de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación a los fines que dice perseguir.

Además, como señala el texto de las Observaciones Técnicas de los letrados adscritos a la Comisión de Justicia del Congreso, advierten de la gran indeterminación que existe en el articulado, lo que afecta a la seguridad jurídica. Advirtiendo de que “la PLOA debe delimitar con suficiente claridad y adecuado respeto al principio de seguridad jurídica, el ámbito objetivo de la amnistía proyectada, pues la amplia indeterminación de los arts.1 y 2 puede desembocar en interpretaciones jurídicas diversas, provocando que la crítica social sobre la eficacia de la ley se centre en los órganos judiciales”⁹¹

5.5.4. Opiniones de la Comisión de Venecia

Por contextualizar, comenzaremos haciendo una breve referencia a este órgano, denominado Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, más conocido como Comisión de Venecia. Se trata de un órgano consultivo del Consejo de Europa, con el fin de brindar asesoramiento jurídico a los Estados miembros de éste para adecuar sus estructuras jurídicas a los estándares europeos.

⁹⁰ Ob. cit. Informe sobre la Proposición de Ley... CGPJ, conclusión sexta. Pág.147.

⁹¹ *Ibidem*. Pág.148.

En este caso concreto la intervención de la Comisión de Venecia fue solicitada por la Mesa del Senado.

En el Dictamen elaborado, la Comisión no entra a valorar la constitucionalidad de la amnistía, ya que no es su competencia, de la misma forma que no valora su compatibilidad con el Derecho de la UE, lo que hará será analizar los requisitos de las amnistías para entenderse comprendidas dentro del Estado de Derecho.

En atención a la ley y sus objetivos, señala que la unidad nacional y la reconciliación social son objetivos legítimos de las amnistías, pero señala el carácter divisivo de esta ley concreta, recomendando que esta medida cuente con un amplio consenso cualificado y no simplemente una mayoría absoluta en el Congreso.

Advierte también sobre la tramitación parlamentaria que se ha escogido, tanto el procedimiento de urgencia, que elude, a ojos de la Comisión, un necesario diálogo significativo y consulta pública, como la elección de tramitarla vía proposición de ley y no proyecto de ley, evitando así solicitar informes previos a órganos consultivos como el Consejo de Estado o el Consejo General del Poder Judicial.

Y al igual que el resto de los informes analizados, también señala que el ámbito material es demasiado amplio e indeterminado, lo que puede suponer problemas interpretativos y divergencias en la aplicación, señalando esta necesidad de delimitación especialmente en los actos de malversación y corrupción que pretenden amnistiarse.

5.6. Compatibilidad con el Derecho europeo

Si bien hemos centrado el análisis en el ámbito constitucional, otra parcela en la que tiene incidencia la Ley Orgánica de Amnistía aprobada, es en la del Derecho Europeo.

En este punto, encontraremos una distinción, lo referido a la incompatibilidad con los valores generales de la Unión Europea y, por otro lado, lo referido a asuntos más concretos de la Ley en relación con Directivas europeas en materia de malversación y terrorismo.

En cuanto al primer bloque mencionado, debemos hacer alusión al artículo 2 que recoge los valores fundamentales de la Unión, encontrando el respeto al Estado de Derecho, que por todas las razones expuestas a lo largo del trabajo, en base al análisis de

multitud de expertos así como a la luz de los informes de los distintos órganos, podemos decir que es ciertamente dudoso, con la Ley de Amnistía aprobada con estas circunstancias concretas y las formas adoptadas, que exista un absoluto respeto al Estado de Derecho.

El segundo ámbito al que hemos hecho referencia tiene más incidencia en cuanto a la futura aplicación material de la Ley. Estos extremos ya fueron advertidos en distintos informes, y es que efectivamente existen Directivas en materia de delitos que pretenden ser amnistiados que genera serias dudas de aplicación, ya que podría chocar con dichas normas que constituyen Derecho Europeo y que, por tanto, gozan de primacía frente al derecho de los Estados Miembros.

En primer lugar, el asunto del terrorismo, se realiza una distinción entre dos tipos de terrorismo, uno vulnerador de derechos humanos y otro no. Así, TAJADURA señaló que en primer lugar “Desde un punto de vista jurídico, la inclusión de los delitos de terrorismo contradice manifiestamente la Directiva de la UE de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo. En su artículo 3 obliga a los estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que determinados actos sean tipificados como delitos de terrorismo. Entre ellos se encuentran algunos de los que se atribuyen a Tsunami Democrático (ataques a infraestructuras críticas o tenencia y fabricación de materiales explosivos). Y en su artículo 15 les obliga a garantizar que esos actos “sean castigados con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias”. La consideración de amniable de cualquiera de los delitos considerados terrorismo por la Directiva supondría un incumplimiento flagrante por parte de España de esa obligación de castigarlos con penas eficaces y disuasorias.”⁹² Y en cuanto a la distinción de los mencionados tipos de terrorismo que la ley realiza, señala que «La premisa de esta disposición es la supuesta existencia de dos tipos de terrorismo: uno vulnerador de derechos humanos y otro no. Aceptando que todo tipo penal puede revestir formas agravadas y atenuadas, lo que no se puede admitir es que haya delitos de terrorismo que no vulneren los derechos humanos. Este nuevo oxímoron jurídico -el terrorismo respetuoso con los derechos humanos- por su propia inconsistencia no serviría para que el prófugo Puigdemont y algunos otros políticos separatistas investigados por presuntos delitos de terrorismo pudieran beneficiarse de la amnistía. Los ataques a las Fuerzas de Seguridad en el aeropuerto de Barcelona y en otros

⁹² TAJADURA TEJADA, Javier. (2024) “Unión Europea y amnistía” *Diario ABC*, 1 de febrero de 2024.

lugares de Cataluña -coordinados e impulsados por los CDR y Tsunami Democrático- con el resultado de policías gravemente lesionados nunca podrán ser considerados por un juez actos “no vulneradores de derechos humanos”»⁹³

Sobre este asunto también incide el informe de la Secretaría General del Senado, analizando el texto inicial en el que se vinculaba la exclusión de los delitos de terrorismo a la circunstancia de que hubiera recaído sentencia firme, lo cual podría ser contrario a la Directiva 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo (transpuesta por la LO 1/2019) que recoge la obligación de los Estados miembros de que los delitos en ella expuestos “sean castigados con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias”⁹⁴ sin que quepa causa que excepcione esta obligación. Posteriormente se cambia la redacción ampliando el supuesto de exclusión de la amnistía al comprender los delitos de terrorismo tipificados en el Código penal español que consistan en alguna de las conductas descritas en la Directiva, estableciendo una limitación, vinculándolo a que de forma manifiesta y con intención directa, hayan causado violaciones graves de derechos humanos, señala el informe citado que este cambio “consiste en la sustitución de un criterio procesal (el hecho de que haya o no recaído sentencia firme) por otro sustantivo (basado en la concurrencia o no de un dolo y un resultado específicos)”⁹⁵ advirtiendo que de todos modos “en cualquiera de las redacciones se infringe la Directiva, en la medida que esta no prevé causa alguna que excepcione la punibilidad en los actos que comprende su definición armonizada”.⁹⁶

La siguiente redacción que aparece, no hace mención a la tipificación del Código Penal español, sino que realiza una remisión directa a la Directiva que establece unos distintos criterios para considerar como terrorismo los hechos protagonizados por la plataforma Tsunami Democrático, en la vertiente de terrorismo callejero que nuestra legislación penal si reconoce. Haciendo de nuevo referencia al Informe de la Secretaría General del Senado, se advierte que esta intención de sortear el Código Penal español tampoco es correcta “pues supone que la tipificación del delito se encuentra antes en la Directiva Europea que en el propio Código Penal español, cuando la Directiva por sí misma no tiene eficacia directa interna si no es incorporada al Código Penal mediante

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Art.15.1 Directiva 2017/541.

⁹⁵ Ob. cit. Informe de la Secretaría General del Senado... Pág. 51.

⁹⁶ Ídem.

transposición, tratándose además de una Directiva a la que ya no cabe remitirse pues ya fue objeto de transposición (está agotada) y lo que ahora se pretende aplicar de la misma no se quiso recoger en nuestro Código Penal”.⁹⁷

El mismo problema aparece en relación con el delito de malversación, ya que, en la Ley de Amnistía aprobada, excluye en su art.2 letra e) “Los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea”. En este sentido aparece una Directiva⁹⁸ sobre lucha contra el fraude que determina la protección de los intereses financieros de la UE. Concretamente en lo que afecta el asunto, el punto noveno dice lo siguiente “Los intereses financieros de la Unión pueden verse afectados negativamente por determinadas conductas de funcionarios públicos a quienes se ha encomendado la gestión de fondos o de activos, ya sea en calidad de responsable o de supervisor, dirigidas a la malversación de fondos o activos, en lugar de a la finalidad prevista, y que perjudican los intereses financieros de la Unión. Por lo tanto, es necesario introducir una definición precisa de las infracciones penales de que es constitutiva esa conducta.”

Además, el artículo 4.3 de dicha Directiva establece que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la malversación, cuando se cometa intencionadamente, constituya una infracción penal.” En este punto es relevante acudir al Informe de la Secretaría General del Senado, que señala que “si se amnistía la malversación se está eliminando su consideración como infracción penal, aunque sea para un ámbito temporal y personal limitado y concreto y por tanto se infringe la Directiva”.⁹⁹

El debate viene suscitado por el ámbito de aplicación de dicha Directiva, y a este respecto en el artículo que acabamos de mencionar, se define la malversación a efectos de la norma, estableciendo que “se entenderá por malversación el acto intencionado realizado por cualquier funcionario a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, de comprometer o desembolsar fondos, o apropiarse o utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos y que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión.” Por tanto, la disyuntiva aparece en el punto de sí efectivamente se han empleado fondos ligados al presupuesto de la Unión, en principio a la luz de la exclusión que recoge el artículo 2 letra e) de la Ley de Amnistía,

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ Directiva 2017/137 del Parlamento Europeo.

⁹⁹ Ob. cit. Informe de la Secretaría General del Senado... Pág. 48.

puede entenderse que se está cumpliendo la directiva. Sin embargo, supondría admitir que ciertos delitos de malversación pueden ser perdonados por interés meramente político, lo cual supone una vulneración del principio de igualdad.

A la misma conclusión llega LOZANO IBÁÑEZ, señalando también que estamos ante una eliminación de la consideración de infracción penal “aunque sea para un ámbito temporal y personal limitado y concreto, y por tanto, se podría estar infringiendo la Directiva” y en relación al debate sobre si los delitos amnistiados en materia de malversación afectan a intereses financieros de la Unión Europea centra su postura en la distinción entre la prevención especial y general del delito, señalando que de no haber aceptado a los fondos europeos “ello podría hacer tal vez admisible la amnistía, desde una perspectiva europea, desde el punto de vista de la prevención especial; pero seguiría siendo inadmisibles desde el punto de vista de la prevención general, pues se estaría enviando el mensaje de que los delitos de malversación pueden ser perdonados por razones de interés político coyuntural, poniendo en peligro para el futuro todos los fondos públicos, también los europeos”¹⁰⁰.

A este respecto, ROLDÁN BARBERO, introduce otra perspectiva en relación con la distinción entre dinero estatal y europeo, poniendo el foco en el amplio presupuesto europeo del que gozamos señalando que “la delimitación, presuntamente impecable, entre el dinero estatal y el dinero europeo no resulta viable en la práctica, dada la cofinanciación que preside la actuación de los fondos europeos”¹⁰¹.

Del mismo modo, encontramos dichos problemas en la cuestión de las medidas cautelares y las órdenes de búsqueda, el art.4 de la Ley de Amnistía señala que se deben levantar cualesquiera medidas cautelares adoptadas y en su letra b) señala también el levantamiento inmediato de órdenes nacionales, europeas e internacionales. Se viene a considerar que esto interfiere en el ejercicio del poder judicial, al suponer una obligación al órgano que conoce la causa y que dicho levantamiento no se desprenda de una decisión judicial.

¹⁰⁰ LOZANO IBÁÑEZ, Jaime: “Ley de Amnistía: el juez español y la UE”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p.251.

¹⁰¹ ROLDÁN BARBERO, Javier: “La amnistía «económica» y el derecho europeo” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p.275.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA. El derecho de gracia constituye una reminiscencia histórica que realmente encuentra un difícil acomodo en un Estado Constitucional. Si atendemos estrictamente a los principios configuradores del Estado de Derecho; principio de separación de poderes, principio de igualdad ante la Ley, principio de legalidad y respeto de las libertades y derechos fundamentales, no podemos encajar unas figuras que precisamente rompen con todo esto, porque partimos de un sistema en el que la justicia debe ser eficiente y justa y ejercida en atención exclusiva a la Ley y no al arbitrio de un gobernante, como antiguamente podía ser del monarca de turno. Y, precisamente las figuras del derecho de gracia suponen una intromisión en la labor jurisdiccional y por tanto, una quiebra de la división de poderes, consisten en atribuir un determinado beneficio a un determinado sujeto o sujetos por decisión de un órgano ajeno al jurisdiccional, bien por el Gobierno (en caso de los indultos) bien por el Parlamento (en supuestos de amnistía).

Por tanto, para tener cabida en un Estado Constitucional, debería reducirse a supuestos realmente excepcionales y justificados y concederse en base a una regulación adecuada y minuciosa, el derecho de gracia debería emplearse como *ultima ratio* en aquellos casos que existan circunstancias coincidentes con otros principios constitucionales que puedan avalar la decisión, tales como la búsqueda de justicia material.

SEGUNDA. Centrándonos en nuestro sistema, la Constitución recoge la facultad de gracia atribuyéndola al Rey, como Jefe del Estado, si bien su intervención será meramente formal. Por tanto, estamos ante una facultad que rompe con el sistema pero que está constitucionalizada. Así lo recoge el artículo 62 letra i) de la CE, señalando que deberá ejercerse de acuerdo con la ley. La regulación que encontramos en materia de indulto data de 1870, lo cual es completamente inadecuado ya que no se ha actualizado con la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Esto supone que estamos ante una regulación que concibe el derecho de gracia de una forma distinta a la que lo debemos entender desde el prisma de un Estado Constitucional, sin tener en cuenta, por tanto, todos los principios que la Constitución asentó. No podemos seguir manteniendo vigente una regulación tan vetusta en una materia tan sensible desde el punto de vista constitucional, ya que estamos ante una facultad totalmente excepcional que sigue estando regulada de la misma forma desde 1870, sin actualizarla al sentido actual, con las deficiencias y lagunas que esto genera en ideas tan esenciales como la división de poderes o la potestad jurisdiccional exclusiva de Jueces y Magistrados.

TERCERA. En nuestra Constitución aparecen proscritos los indultos generales, y no se habla de amnistías, por tanto, la figura predominante ha venido siendo el indulto particular. En este sentido, como hemos señalado, la facultad se encomienda al Rey, si bien se trata de una intervención formal. La concesión del indulto corresponde al Poder Ejecutivo, generando una intromisión en la labor jurisdiccional, al perdonar total o parcialmente las penas impuestas mediante sentencia. Estando ante una situación de tal excepcionalidad, y como actuación del Gobierno, que se encuentra sujeto a la Constitución y resto del ordenamiento, debe estar sujeta a un control. Y actualmente, encontramos serias deficiencias en este sentido, puesto que tal y como se encuentra regulada la facultad de concesión del indulto, el control jurisdiccional prácticamente se limita a aspectos formales, lo cual parece del todo inapropiado incidiendo en el carácter excepcional de la materia. En definitiva, estamos limitando el control de una intromisión del poder Ejecutivo en la labor jurisdiccional, a una quiebra (pese a estar constitucionalizada) de la división de poderes, de una excepcionalidad al sistema constitucional, a una serie de formalidades. Esto permite que se estén concediendo indultos en los que a tenor de la regulación son legales, pero si se pudiera entrar a controlar su adecuación al sentido constitucional, así como su justificación y motivación plantearían serias dudas.

CUARTA. No podemos evitar hacer referencia a ciertas parcelas de un ámbito más político. Haciendo extensible la conclusión anterior, estamos ante un momento político en el que se viene desvirtuando el sentido de las leyes en función de los intereses políticos, en ocasiones retorciendo las interpretaciones o aprovechando lagunas que existen en nuestro sistema que hasta entonces se venían respetando. El principal reflejo de esto es la amnistía recientemente presentada, que es innegable que lo único que persigue es una serie de intereses políticos. Pero sin entrar de momento en este asunto, vemos como este manoseo de las normas se da en otras parcelas; como el ámbito parlamentario, interpretando los reglamentos de las cámaras según convenga, o por ejemplo, presentando proyectos que es evidente que nacen del Gobierno vía proposición de ley por el grupo parlamentario para eludir ciertos trámites. Del mismo modo, encontramos ejemplos de estas lagunas que venían siendo respetadas, por ejemplo, en la facultad de nombrar al Fiscal General del Estado que tiene el Gobierno, viendo como recientemente se nombró para el cargo a una ministra de Justicia saliente.

En definitiva, vemos como existe un deseo de los partidos políticos en aprovecharse de estas situaciones en beneficio propio, que requiere una limitación y

regulación más exhaustiva de todas estas facultades discrecionales, así como de su control, ya que el sistema no se sostendrá si tenemos que dejarlo al resguardo de buena fe de nuestros gobernantes.

QUINTA. En relación con la amnistía, se ha escrito mucho durante este último año sobre esta figura debido a la Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, si bien ya existía un debate doctrinal sobre la admisibilidad de la figura ante la ausencia constitucional, en el que ahora nos centraremos. Encontramos dos posturas contrapuestas, aquellos que niegan su admisibilidad, debido a que no aparece mencionado expresamente en la Constitución, lo cual sería necesario dado su carácter excepcional, y además argumentando que si se prohíben los indultos generales con más razón debe entenderse proscrita la amnistía; frente a esta, aparecen aquellos que admiten la posibilidad de aprobar amnistías en base a la facultad legislativa del Parlamento.

Tras todo lo expuesto a lo largo del trabajo, considero que, con carácter general, es realmente complicado defender la admisibilidad de la amnistía, principalmente por la idea de excepcionalidad que se viene reiterando en estas conclusiones, estamos ante una figura que rompe absolutamente con el sistema establecido y de una forma todavía más intensa que el indulto, y como tal excepción para tener acomodo en la Constitución debe estar expresamente prevista. Frente a la idea que lo encuadra en la facultad legislativa del Parlamento, tenemos que advertir que el Parlamento no tiene un poder ilimitado, si bien tiene una amplia libertad en cuanto a la hora de decidir las materias que legislar, en todo caso tiene que atender a los principios constitucionales, principios que no se ven respetados por una ley de amnistía sin que exista un respaldo constitucional expreso. Además aparece el debate sobre el carácter que tiene una ley de amnistía, que parece complicado encuadrarla en la facultad legislativa ordinaria, lo cual plantea aún más dudas de poder defender su admisibilidad en base a este argumento.

Si bien, ajustando mucho la interpretación, podríamos admitir la posibilidad de aprobar una amnistía en una situación absolutamente excepcional y extrema, en el que sea un instrumento absolutamente idóneo y necesario, por ejemplo, para conseguir la pacificación tras un conflicto o la búsqueda de la concordia del pueblo por una situación política o social convulsa, y siempre existiendo un consenso amplio del Parlamento, los agentes políticos y la sociedad en su conjunto.

SEXTA. Por último, debo hacer referencia a la polémica Ley Orgánica de Amnistía para para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Tras su presentación el debate doctrinal se intensificó y se extendió al ámbito social y político. Hemos señalado ya el debate sobre la admisibilidad de la figura de la amnistía con carácter general, pero ahora concretaremos sobre esta norma.

En este caso concreto, no encuentro ningún tipo de justificación para defender su admisibilidad, desde el punto de vista formal ya hemos señalado los argumentos, pero las circunstancias concretas que rodean esta ley hacen imposible justificarla. Principalmente, porque ha sido evidente el motivo real de su aprobación, la necesidad de siete votos para conseguir una investidura. El conjunto de la sociedad ha podido observar cómo reiteradamente se venía negando, por los ahora promotores de la iniciativa, la posibilidad de aprobar una amnistía por ser en su opinión inconstitucional, y, sin embargo, cambiar de opinión cuando necesitaban los votos de los ahora amnistiados. Por tanto, estamos simple y llanamente ante un intercambio de intereses políticos. No existe ninguna justificación basados en principios constitucionales, ni en la búsqueda de la pacificación o concordia entre ciudadanos. Además, debemos ser conscientes de que los condenados, encausados y los todavía pendientes de juicio, han sido en todo momento tratados conforme a la ley procesal y penal, conservando todos sus derechos, como no puede ser de otra forma, y precisamente lo que se consigue con esta ley es legitimar el discurso sostenido por ellos sobre la represión del Estado español, así como los ataques continuos a la actuación de los Jueces y Magistrados que se han limitado a cumplir con su mandato.

Concluyo, por tanto, retomando la idea que ya señalé en relación con el control de los indultos, en relación con los aspectos formales y materiales de toda facultad.

En ocasiones, nos centramos demasiado en justificar determinadas actuaciones, decisiones desde un punto de vista formal, lo cual es evidentemente importante, pero no podemos perder de vista el carácter material de cualquier actuación, el respeto a una serie de valores y principios que recoge nuestra Constitución, y que nada tiene que ver con una ideología política u otra, sino con la concepción de un país respetuoso con el Estado de Derecho y con sus instituciones.

Con esta reciente aprobación de la ley de amnistía se ha suscitado un debate doctrinal intenso, pero fuera del debate meramente teórico debemos preguntarnos, si esta norma respeta la división de poderes, el principio de igualdad ante la ley, la labor de los Jueces y Magistrados, los principios de libertad y justicia, la búsqueda del interés general, la

idea de proporcionalidad, el pluralismo político, la convivencia social o algo tan simple como el respeto que nos deben los gobernantes a los ciudadanos (que en ocasiones se olvidan de que su función es servirnos y no viceversa) viendo cómo se nos ha pretendido engañar con argumentos y alegatos palmariamente contrarios a lo que hemos podido ver y escuchar por nosotros mismos.

A mi modo de ver, si nos alejamos de las trincheras ideológicas que pretenden imponernos, no hay manera de responder positivamente a ninguno de estos interrogantes y en consecuencia de defender la admisibilidad, ni formal ni ética, de esta amnistía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y OTROS RECURSOS

LIBROS Y REVISTAS:

- AGUADO RENEDO, C., *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Civitas, Madrid, 2001.

- AGUADO RENEDO, César., “Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: El Caso Gómez de Liaño” *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 21. Núm. 63. Septiembre-diciembre 2001.

- ARAGÓN REYES, M. “Los problemas constitucionales de la proposición de ley de amnistía”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 108-109, diciembre 2023 - enero 2024.

- ARAGÓN REYES, M., *Estudios de Derecho Constitucional*. C.E.C., Madrid, 1998.

- ARAGÓN REYES, M.: “La Constitución no permite la amnistía”, Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024.

- BANACLOCHE PALAO, J., “Algunas reflexiones sobre la regulación del indulto al hilo del caso del proces.” *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, núm. 30, p. 24–43. <https://doi.org/10.36151/td.2021.013>

- CARRACEDO CARRASCO, Eva et al. *Pena e indulto: una aproximación holística*. 1ªed. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra 2018.

- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu.: “Memoria, amnistía y Transición”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis.: “La amnistía en nuestro ordenamiento jurídico” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.) *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*. Colex, A Coruña, 2024.

- GARCÍA MAHAMUT, R., *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*. Marcial Pons, Madrid 2004.

- GARCÍA SAN MARTÍN, J., *El Indulto Tratamiento y Control Jurisdiccional*. 2a. ed.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- GIMENO GÓMEZ, V., “La gracia de indulto” *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*. Núm. 4 Madrid. 1972.

- HERRERO BERNABÉ, I., “Antecedentes históricos del indulto.” *REVISTA DE DERECHO UNED*, NÚM. 10, 2012.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, editorial Reus, Madrid, 1932.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.: “¿Amnistía? No una, sino tres preguntas. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024.

- LINDE PANIAGUA, E., *Amnistía e indulto en España*, Tucarc ediciones S.A. Madrid, 1976.

- LLORCA ORTEGA, José., *La Ley de Indulto. Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma*. 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia 2003.

- LOZANO IBÁÑEZ, Jaime: “Ley de Amnistía: el juez español y la UE”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024.

- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “Releyendo la Ley de Amnistía de 1977. Efectos jurídicos e interpretaciones erróneas” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194. Artículos RECPC 25-20. 2023.

- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel: “Estado de Derecho y amnistía” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.) *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*. Colex, A Coruña, 2024.

- RAMOS TAPIA, I. y RUIZ ROBLEDO, A., “¿Se olvidó la Constitución de la amnistía?” *Diario La Ley*, núm. 10345, 2023.

- RAMOS TAPIA, Inmaculada y RUIZ ROBLEDO, Agustín.: “Si el Gobierno quiere amnistiar a Puigdemont debe reformar la Constitución”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.) *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*. Colex, A Coruña, 2024.

- REQUEJO PAGÉS, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español” *Revista electrónica de Historia Constitucional*, núm. 2, 2001.

- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis., “El indulto y la amnistía en la Constitución”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 108-109, diciembre 2023 - enero 2024.

- ROLDÁN BARBERO, Javier: “La amnistía «económica» y el derecho europeo” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024.

- RUIZ ROBLEDO, A., “¿Respalda el Tribunal Constitucional la amnistía?” *El Español*, 6 de octubre de 2023.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier., “Una lectura crítica de la Ley del indulto”, *Revista para el análisis del Derecho*. 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Sinrazones para la amnistía” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p.203.
- TAJADURA TEJADA, Javier. (2024) “Unión Europea y amnistía” *Diario ABC*, 1 de febrero de 2024.
- TAJADURA TEJADA, Javier.: “Estado Constitucional y amnistía” Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024.
- VIADA BARDAJÍ, S., “Amnistía a la carta”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024.
- VILLARINO MARZO, J., “El indulto en España” *Revista de las Cortes Generales*, 2005, núm. 66.
- ZAPATERO, Virgilio.: “La amnistía y el oso del profesor Recaséns”. Aragón, Manuel, Enrique Gimbernat, y Agustín Ruiz Robledo. (Dir.), *La Amnistía En España, Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p.110

SENTENCIAS:

- ATS de 18 de enero de 2001, Sala de lo Penal (nº rec. 2940/1997), Voto particular que formula el magistrado Luis Román Puerta Luis.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2017, de 8 de noviembre (BOE núm. 278, de 16 de noviembre de 2017)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1986, de 25 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1982, de 14 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 63/1983, de 20 de julio
- Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1986, de 9 de junio

LEGISLACIÓN:

- Constitución Española 1978.
- Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre
- DIRECTIVA (UE) 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
- DIRECTIVA (UE) 2017/541 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.
- Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.
- Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña
- Ley Orgánica del Estado, número 1/1967, de 10 de enero
- Real Decreto 460/2021, de 22 de junio, por el que se indulta a don Oriol Junqueras i Vies.

OTRAS FUENTES DOCUMENTALES:

- Congreso de los Diputados (1978) *Enmiendas al Anteproyecto de Constitución*, enero de 1978. Enmienda 504 al Anteproyecto Constitucional. Pág. 213-214.
- García Rivas, N., Llabrés Fuster, A., Mira Benavent, J., Portilla Contreras, G., Rebollo Vargas, R. (2023) “Dictamen sobre una propuesta de Ley de Amnistía” 10 de octubre de 2023.
- Informe de la Secretaría General del Senado sobre la Inconstitucionalidad del Dictamen del Pleno del Congreso sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social de Cataluña.
- Informe del CGPJ sobre la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando., “Sinopsis artículo 62 CE” Web Constitución Española del Congreso de los Diputados. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=62&tipo=2>
- Observaciones Técnicas a la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña” elaboradas por los Letrados del Congreso de los Diputados adscritos a la Comisión de Justicia.
- Opiniones de la Comisión de Venecia.
- Senado de España. Comparecencia del catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, D. Fernando Rey Martínez, ante la Comisión conjunta de las Comisiones Constitucional y de Justicia, para informar en relación con la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. (Núm. exp. [713/000062](https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/video/index.html?s=15_S011031_006_01&a=250090&t=1)) https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/video/index.html?s=15_S011031_006_01&a=250090&t=1