

## **INFORME JURÍDICO SOBRE LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA PARA LA NORMALIZACIÓN INSTITUCIONAL, POLÍTICA Y SOCIAL EN CATALUÑA, SEGÚN EL TEXTO REMITIDO POR EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS AL SENADO EL DÍA 15 DE MARZO DE 2024.**

El presente informe se emite en ejercicio de las funciones legalmente atribuidas al Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales (entre otras, el “asesoramiento jurídico y técnico a la Presidencia y a la Mesa de cada Cámara, a las Comisiones y sus órganos, a las Subcomisiones y a las Ponencias” – artículo 8 Estatuto de Personal de las Cortes Generales-) y, en concreto, de la función de asesoramiento a las Comisiones, que obliga a redactar con ocasión de cada proposición o proyecto de ley, antes de la iniciación de la fase de Ponencia, un informe que incluya el “análisis jurídico del contenido del proyecto o proposición, confrontando el texto con el conjunto del ordenamiento y, en particular, con los principios constitucionales y con la doctrina del Tribunal Constitucional” (Norma cuarta de las del régimen de asesoramiento a las Comisiones de ambas Cámaras, aprobadas por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado el 26 de junio de 1989).

### **I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 13 de noviembre de 2023 tuvo entrada en el Registro del Congreso de los Diputados la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Dicha proposición fue admitida a trámite por la Mesa de aquella Cámara, en su reunión del día 21 de noviembre de 2023, y tomada en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 12 de diciembre de 2023, por 178 votos a favor (Diputados de PSOE, SUMAR, JxCAT-JUNTS, EH-BILDU, EAJ-PNV y BNG) y 172 en contra (Diputados de PP, VOX, UPN y CC).

En su primera reunión posterior, el día 19 de diciembre de 2023, la Mesa del Congreso de los Diputados acordó encomendar dictamen sobre la proposición de ley a la Comisión de Justicia, así como disponer su tramitación por el procedimiento de urgencia, que había sido solicitada por el grupo parlamentario autor de la iniciativa en el escrito de presentación de la misma, y abrir plazo para la presentación de enmiendas hasta el 3 de enero de 2024, ampliado posteriormente para las enmiendas al articulado hasta el 16 de enero de 2024.

Presentadas sendas enmiendas a la totalidad de texto alternativo por los Grupos Parlamentarios de Vox y Popular, se celebró el correspondiente debate de totalidad el día 10 de enero de 2024, siendo ambas rechazadas.

La Ponencia constituida en el seno de la Comisión de Justicia para informar la proposición de ley se reunió el día 18 de enero de 2024, emitiendo el correspondiente informe. El expediente de este texto legislativo incluye el preceptivo informe elaborado por los letrados de aquella Comisión, informe que

cuestiona la constitucionalidad de la proposición de ley, considerada en su conjunto, apuntando que “debiera ser articulada a través del procedimiento de reforma constitucional” y suscita, en relación a su concreto articulado, relevantes dudas acerca de la conformidad de dicho texto con el Derecho de la Unión Europea y con la Constitución española.

La Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados deliberó el día 23 de enero de 2024 y aprobó su dictamen sobre la iniciativa, incorporando, sobre la base del informe de la Ponencia, determinadas enmiendas.

El Pleno del Congreso de los Diputados debatió, en su sesión celebrada el día 30 de enero de 2024, el dictamen junto con las enmiendas mantenidas para su discusión en dicho órgano, siendo rechazadas éstas y resultando aprobado aquél, por 177 votos a favor y 172 en contra, tras lo que se efectuó la votación de conjunto por tener la iniciativa carácter orgánico, obteniéndose 171 votos a favor y 177 en contra.

La Mesa de la Cámara, en su primera reunión posterior, de 6 de febrero de 2024, acordó comunicar a la Comisión de Justicia que debatido aquel dictamen, no obtuvo el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara en la votación final sobre el conjunto del texto, “produciéndose, en consecuencia, la devolución de la Proposición de Ley Orgánica a la citada Comisión”, la cual debería emitir un nuevo dictamen en el plazo de quince días, a cuyo efecto podría tener en cuenta el texto del Dictamen aprobado por la Comisión, las enmiendas mantenidas en relación con dicha Proposición de Ley Orgánica y las enmiendas transaccionales que, en su caso, pudieran formularse. Aquel plazo, que finalizaba el día 21 de febrero, fue ampliado por la Mesa del Congreso de los Diputados hasta el día 7 de marzo de 2024.

La Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados celebró sesión el día 7 de marzo de 2024, y aprobó un nuevo dictamen, incorporando determinadas enmiendas transaccionales.

El Pleno del Congreso de los Diputados debatió, en su sesión del día 14 de marzo de 2024, el nuevo dictamen, resultando aprobado el mismo por 178 votos a favor (Diputados de PSOE, SUMAR, JxCAT-JUNTS, EH-BILDU, EAJ-PNV y BNG) y 172 votos en contra (Diputados de PP, VOX, UPN y CC), tras lo que se efectuó la votación de conjunto por tener la iniciativa carácter orgánico, obteniéndose el mismo resultado de la votación anterior.

2. Remitido el texto aprobado por el Congreso de los Diputados al Senado, donde tuvo entrada el 15 de marzo de 2024, la Mesa de esta Cámara, en su reunión del día 19 de marzo de 2024, acordó admitir a trámite la iniciativa, si bien en el mismo acuerdo se hace constar expresamente las dudas sobre su constitucionalidad, advertidas en los informes de la Secretaría General del Senado sobre la referida proposición de ley orgánica, de fecha 18 de marzo de 2024, tanto desde el punto de vista de la constitucionalidad material y formal como por la infracción de las reglas esenciales de formación de la voluntad de las Cámaras, todo ello en los

términos del citado acuerdo, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Senado, núm. 174, de 20 de marzo de 2024.

El mismo acuerdo de la Mesa del Senado estableció la tramitación de esta proposición de ley orgánica por el procedimiento legislativo ordinario, abriéndose un plazo de dos meses a partir del día de la recepción del texto, que concluye el día 16 de mayo de 2024, para que la Cámara apruebe expresamente el texto o, para, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas. A este respecto, el acuerdo dispuso la apertura de un plazo para la presentación de enmiendas y propuestas de veto, hasta el día 3 de abril de 2024, ampliado posteriormente hasta el 9 de abril siguiente.

Asimismo, el acuerdo de la Mesa del Senado dispuso constituir, al amparo de lo dispuesto en el artículo 58 del Reglamento del Senado, una Comisión Conjunta de las Comisiones Constitucional y de Justicia, en los términos contenidos en dicho acuerdo, para la elaboración del correspondiente dictamen. Dicha Comisión se constituyó el día 22 de marzo de 2024.

Finalizado el plazo abierto al efecto, se han presentado únicamente dos propuestas de veto, formulada una por los senadores Sr. Carbonell Tatay, Sra. Gómez Enríquez y Sr. Gordillo Moreno, integrados en el Grupo Parlamentario Mixto, y otra, por el Grupo Parlamentario Popular.

Entre los días 16 y 30 de abril, la Comisión Conjunta de las Comisiones Constitucional y de Justicia ha celebrado seis sesiones, en el curso de las cuales se han producido diferentes comparecencias informativas en relación con la proposición de ley orgánica, con el contenido que queda reflejado en los correspondientes diarios de sesiones.

Por lo demás, la Mesa de la Cámara mediante acuerdos adoptados en sus reuniones de 2 de abril, 9 de abril y 23 de abril de 2024, ha acordado remitir a la Comisión Conjunta de las Comisiones Constitucional y de Justicia, incorporándose al expediente legislativo de la proposición de ley orgánica, los siguientes informes:

- El informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en su sesión de 21 de marzo de 2024, así como los votos particulares emitidos al respecto.
- El informe acerca del contenido autonómico de la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, aprobado por la Comisión General de las Comunidades Autónomas (publicado el informe en el BOCG, Senado, núm. 82, de 5 de abril de 2024, y el acuerdo de aprobación, así como los votos particulares presentados al mismo, en el BOCG, Senado, núm. 84 de 10 de abril de 2024).

- La Opinión de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) CDL-AD(2024)003, adoptada en su sesión plenaria de 15-16 de marzo de 2024, sobre los requisitos del Estado de Derecho para decretar una amnistía, con especial referencia a la Proposición de Ley Orgánica para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

## **II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA PROPOSICIÓN DE LEY**

3. Precede a la proposición de ley una extensa exposición de motivos enderezada, en un contexto de fuerte controversia política y de discusión jurídica acerca de la constitucionalidad de la figura de la amnistía como tal, a justificar tanto la oportunidad política como la conformidad a la Constitución de la iniciativa.

Desde un enfoque estrictamente jurídico, único que puede adoptar este informe, los argumentos de dicha índole utilizados en la exposición de motivos pueden reconducirse a dos principales.

Uno de ellos, es el trazado en la parte IV de la exposición de motivos, al afirmar “inferir”, a partir de la idea de que la denominada legislación de amnistía que precedió de forma inmediata a la Constitución (Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio y Ley 46/1977, de 15 de octubre) “constituyó el punto de partida del pacto constitucional”, la conclusión de que “la amnistía, lejos de ser una figura inconstitucional, forma parte del pacto fundacional de la democracia española y se presenta como una facultad de las Cortes Generales, en las que está representado todo el pueblo español, titular de la soberanía nacional”.

Este argumento se completa con la afirmación de que la constitucionalidad de la amnistía habría sido “declarada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 147/1986, de 25 de noviembre, a propósito precisamente de la aplicación de la Ley 46/1977”, al afirmarse en ella que “no hay restricción constitucional directa sobre esta materia”.

El segundo argumento de orden jurídico-constitucional recogido en la parte V de la exposición de motivos es el que busca encuadrar la proposición de ley en el marco de las denominadas “leyes singulares”.

4. Por lo que se refiere al primer argumento, no puede dejar de advertirse que la veracidad de la afirmación según la cual la legislación de amnistía inmediatamente precedente a la Constitución es “el punto de partida del pacto constitucional” no la convierte en premisa a partir de la cual, prescindiendo de la exégesis del texto constitucional en que aquel pacto se plasmó, pudiera concluirse que la amnistía, como figura general, habría sido acogida por el referido texto.

El inicio de dicha exégesis se sitúa en el artículo 62 de la Constitución que, entre las facultades del Rey que relaciona, reconoce la de “ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales” [letra i)]. No existen en la Constitución más referencias al poder público de “gracia” que la

señalada y las contenidas en el apartado 3 del artículo 87 y en el apartado 3 del artículo 102 que, respectivamente, prohíben la iniciativa popular, entre otras materias, “en lo relativo a la prerrogativa de gracia”, y la aplicación de dicha prerrogativa en relación con la eventual responsabilidad criminal del Presidente y demás miembros del Gobierno.

Para encuadrar conceptualmente la facultad regia (ejercida, a la postre, por el Gobierno) establecida en la letra i) del artículo 62 de la Constitución, debe tenerse presente que el Derecho histórico español ha conocido, en época contemporánea, tres manifestaciones del conocido como poder de gracia o clemencia, a saber, el indulto particular (o indulto por antonomasia), el indulto general y la amnistía. Todas ellas forman un “continuum” en cuanto expresión, en lo esencial, según caracterización doctrinal generalizada, de un mismo fenómeno de renuncia excepcional al *ius puniendi* del Estado, en una gradación determinada por los diferentes efectos asociados a cada una de ellas. A su vez, y ello debe subrayarse (dada la confusión conceptual que se observa en algunos comentarios doctrinales), aparece una distinción básica entre, por un lado, el indulto particular, y por otro, el indulto general y la amnistía, los cuales, a diferencia del primero, que recae sobre una persona determinada, implican procedimientos colectivos proyectados sobre categorías generales de hechos delictivos o de condenas penales, abstracción hecha de las condiciones subjetivas de los potenciales beneficiarios.

En el constitucionalismo histórico español, salvedad hecha del Estatuto Real, sin ninguna referencia al poder de gracia, es significativo que, junto con la invariable mención del indulto como facultad del Rey desde la Constitución de 1812, las dos Constituciones más avanzadas en su momento histórico, después de la gaditana de 1812, a saber, la Constitución de 1869 y la de 1931 (únicas por lo demás, junto con aquella, que reflejan una aspiración de normatividad superior, por su rigidez, esto es, por la previsión de un procedimiento especial para su reforma) fueran las únicas en contemplar expresamente las figuras del indulto general y de la amnistía, y en hacerlo desde una óptica conjunta, si bien en la de 1869 para acoger ambas, como una facultad del Rey, aunque sujeta a una previa autorización por una “ley especial” (artículo 74.5º -del que podría considerarse como antecedente el artículo 9.1º del Acta adicional de 1856, de reforma de la Constitución de 1845, de vigencia efímera, además de adolecer de la anomalía de su aprobación por Real Decreto-), mientras que la Constitución de 1931 reconoce la amnistía como una facultad del Parlamento y prohíbe el indulto general (como precedente en este punto podría considerarse la conocida como Constitución nonata de 1856 -artículos 52.10 y 53.4º-), y lo hace en dos frases consecutivas, atribuyendo a continuación el indulto individual al Tribunal Supremo [artículo 102: “Las amnistías solo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales (...)”]. El eminente penalista y miembro de las filas socialistas, Jiménez de Asúa, que presidió la Comisión parlamentaria que elaboró el Proyecto de Constitución, defendió persuasivamente esa doble disposición, sin aludir a diferencia alguna por la estructura normativa esencial de las referidas figuras, sino en atención exclusivamente a la finalidad “celebrativa”, comúnmente asociada al indulto

general, frente a la finalidad “política” de la amnistía (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 76, sesión del 18 de noviembre de 1931, págs. 2425 a 2436, en particular pág. 2430).

Ciertamente, la finalidad “celebrativa” atribuida al indulto general ha estado presente en muchos casos que podrían citarse de concesión de dicha medida de gracia en España, durante los siglos XIX y XX: a título de ejemplo, el concedido por Real Decreto de 12 de octubre de 1892 -Gaceta de 16 de octubre de 1892-, en conmemoración del 4º centenario del Descubrimiento de América; o por Real Decreto de 17 de mayo de 1902 -Gaceta de 18 de mayo de 1902-, al acceder Alfonso XIII a la mayoría de edad; o, durante la dictadura franquista, en la que fue frecuente esta figura, el otorgado por Decreto de 25 de julio de 1954, con motivo del Año Mariano y del Año Jacobeo -BOE núm. 206, de 25 de julio-. Sin embargo, nuestra historia muestra también ejemplos no solo de uso del indulto general con un fin político (puede citarse como ejemplo el Real Decreto de 14 de agosto de 1903 -Gaceta 16 de agosto de 1903- de “indulto general para los delitos cometidos con ocasión de las huelgas de obreros”), sino también, en momentos históricos transicionales (término de una guerra civil o cambio de un régimen político), de utilización conjunta de la amnistía y del indulto general: así el término de la primera guerra carlista, la Gaceta de 1 de diciembre de 1840 publica sendos decretos de la Regencia Provisional, de fecha 30 de noviembre de 1840, de amnistía e indulto general; también con el advenimiento de la II República, las Gacetas de 15 de abril y 16 de abril publicaron sendos Decretos de 14 de abril de 1931, de amnistía e indulto general.

En suma, el Derecho histórico español muestra del indulto general y de la amnistía un enfoque de proximidad conceptual, derivado de la circunstancia de compartir (en contraste con el indulto particular) la característica de afectar a categorías generales de ilícitos o condenas penales, sin consideración a circunstancias subjetivas de los beneficiarios, residiendo la diferencia entre uno y otra en la finalidad normalmente atribuida y en los efectos comúnmente asociados a cada una de tales figuras (limitados en el indulto general, en coincidencia en este punto con el indulto particular, a la remisión, total o parcial, de la pena, y enderezados en la amnistía, a la extinción de la responsabilidad criminal). Esta proximidad conceptual se ha reflejado en la consideración conjunta que de ambos se hiciera en las Constituciones de 1869 y 1931, aunque en diferente sentido, según se ha señalado.

Por lo demás, no puede dejar de advertirse el anacronismo en que puede incurrirse al invocar (como hace la exposición de motivos en su parte I) el dato del uso hecho históricamente de la amnistía en España, con independencia de que se reconociera o no en los textos constitucionales, pues tal dato no se puede desvincular de las fallas estructurales del constitucionalismo histórico español, aquejado de una característica inestabilidad (“Esto es una Constitución en España: una pellada de yeso sobre granito”, al decir de un célebre viajero extranjero a mediados del siglo XIX), por la pretensión de convertir cada Constitución en la expresión del programa político de una facción, y, sobre todo, de una concepción disminuida de la Constitución, no considerada como auténtica norma jurídica y precisamente la norma superior.

5. Muy otro es el contexto en el que alumbró la Constitución de 1978 como obra auténticamente colectiva y no de partido, y cuya supremacía normativa se impone desde el principio de forma incontrovertible.

Desde el supuesto de tal supremacía, puede recorrerse con rigor el camino interpretativo en esta materia, comenzando por su expresión textual, los antecedentes de la elaboración de la Constitución y la lógica normativa.

La expresión textual se centra en las dos disposiciones explícitas recogidas en el artículo 62.i) de la Constitución. La primera de ellas (la atribución al Rey de la “prerrogativa de gracia”) solo puede entenderse referida al indulto particular o indulto por antonomasia, tanto por el trasfondo normativo que indudablemente tuvieron presente los “padres fundadores”, constituido por la Ley de 18 de junio de 1870, que lleva el expresivo título de ley “estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto”, vigente a la sazón y que continúa en vigor en nuestros días, como por el contrasentido que supondría entender que, en el marco del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución (artículo 1.1) cupiera referir al Rey (entiéndase, al Poder Ejecutivo) alguna de las otras dos manifestaciones del poder de gracia. No otro es tampoco el sentido de las menciones a la “prerrogativa de gracia” contenidas en el apartado 3 de los artículos 87 y 102 de la Constitución.

En cuanto a la segunda disposición (prohibición de que la ley autorice indultos generales), contamos con algunas referencias en el proceso de elaboración de la Constitución, que, aunque parcas, traslucen, en contraste con el inmediato antecedente de la Constitución de 1931 (que indudablemente los constituyentes no podían desconocer), el propósito de no dar carta de naturaleza constitucional a la amnistía. Así, la decisión inicial de la Ponencia constitucional, al elaborar el Anteproyecto de Constitución, de “no constitucionalizar” dicha figura (según expresión literal de la minuta de la reunión de dicha Ponencia del día 3 de noviembre de 1977), se ve seguida por la adoptada, al examinar las enmiendas al Anteproyecto, en relación con la enmienda nº 504 del Portavoz del Grupo Mixto -R. MORODO- (cuya pretensión de incorporar la amnistía entre las funciones atribuidas a las Cortes Generales, en el que acabaría siendo apartado 2 del artículo 66 de la Constitución, fue descartada) y con la enmienda nº 744 del Diputado de UCD C. LLORENS (de la que se aceptó la incorporación de la prohibición del indulto general). Estas referencias se completan con el dato menos conocido de la aprobación durante el debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, en la sesión celebrada el 30 de mayo de 1978, de una enmienda *in voce* del Diputado MARTÍN OVIEDO, que prestó a la letra i) del que sería finalmente artículo 62 de la Constitución, su redacción definitiva, cuyo significado, según la explicación ofrecida por aquel diputado durante la sesión, era la de aclarar sintácticamente que la prohibición de autorizar indultos generales se refiere no al ejercicio de la prerrogativa de gracia por el Monarca, sino a la propia ley, subyaciendo en tal aclaración la idea de que el indulto general pertenecería abstractamente a la órbita de competencia del Legislativo, aunque a la postre quedara prohibido (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, nº 76, sesión del día 30 de mayo de 1978, págs. 2762-2763).

Con estos antecedentes, teniendo en cuenta que indulto general y amnistía comparten, según se ha señalado, la relevante característica de proyectarse sobre categorías generales de ilícitos o condenas penales, abstracción hecha de las circunstancias subjetivas de los potenciales beneficiarios en función de aquellas categorías, cobra relieve el argumento “a minore ad maius”, aplicable a las normas prohibitivas (si se prohíbe lo menos, se prohíbe lo más, aplicado con normalidad en distintas ocasiones por el Tribunal Constitucional como, a título de ejemplo, en la sentencia 52/2003, de 17 de marzo -de la proscripción del reenvío hecho en una ley sin contenido material alguno al reglamento se deriva con mayor razón la prohibición de una remisión en segundo grado establecida en norma sin fuerza de ley, FJ 10-; o en la sentencia 189/2004, de 2 de noviembre -si el mandato de inviolabilidad del domicilio ampara a los huéspedes de un hotel, con mayor razón lo hace respecto a los usuarios permanentes de una residencia militar, FJ 2), con la consecuencia de que la amnistía habría quedado vedada, junto con el indulto general, del ámbito de decisión del Legislador.

6. La conclusión a la que se llega a partir de la expresión literal, la investigación histórica y la lógica normativa, conforme a la cual la Constitución ha excluido la amnistía (junto con el indulto general) del ámbito de disposición del poder público, también del legislador, no se ve contradicha por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual, frente a lo afirmado por la exposición de motivos, no se ha pronunciado de modo directo sobre la admisibilidad constitucional de la amnistía como figura jurídica general, sino que tan solo se ha ocupado de la legislación de amnistía producida en el tránsito de la dictadura franquista a la democracia, como consecuencia del examen rogado de sus efectos, prolongados más allá de la Constitución. Lo destacable de esa jurisprudencia es el fin atribuido a aquella legislación, cuya pieza central es la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, en cuanto dirigida a eliminar, en el alumbramiento de un orden jurídico nuevo, las consecuencias del orden anterior, considerado injusto: según la sentencia 63/1983, de 20 de julio, la amnistía reconocida en aquella legislación “responde (...) a una razón de justicia, como exigencia derivada de la negación de las consecuencias de un derecho anterior (...) alumbrada por la idea de una negación de las consecuencias subsistentes de un derecho anterior cuya corrección se hizo indispensable” (FJ 2); idea reiterada en la sentencia 76/1986, de 9 de junio, al señalar que tal amnistía se dirige a “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 los actos objeto de amnistía (FJ 2); e igualmente, en la tan citada sentencia 147/1986, de 25 de noviembre, que, al referirse a la amnistía contemplada en las leyes 46/1977 y 1/1984 (caracterizada esta con la indicación de que “no se trata de una nueva amnistía, sino de nuevos aspectos añadidos al régimen jurídico de la única existente”, aludiendo a la establecida en la primera ley), señala que “es una operación jurídica que fundamentándose en un ideal de justicia (...) pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa -en sentido amplio- que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político”, tratándose de “una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve” (FJ 2).

Esta “excepcionalidad” de la legislación de amnistía de aquel momento histórico (legislación que es la aludida en la referencia, descontextualizada, de la exposición de motivos, a la frase de la última sentencia citada “no hay restricción constitucional directa sobre esta materia”) y el propio hecho de que su pieza fundamental, la Ley 46/1977, se aprobara por las mismas Cortes, elegidas en los comicios de 15 de junio de 1977, que estaban gestando la Constitución, explican verosímilmente el dato (que parece haber suscitado perplejidad en algunos comentaristas) de la ausencia de debate constituyente acerca de la amnistía, sencillamente descartada por la Ponencia constitucional en la forma que se ha indicado. Una frase del Diputado M. CAMACHO, del Grupo Parlamentario Comunista, pronunciada en el debate de aquella Ley, aprobada por la casi totalidad del arco parlamentario en ambas Cámaras en sendas sesiones plenarias del día 14 de octubre de 1977 (por la mañana en el Congreso de los Diputados con solo 2 votos negativos, 18 abstenciones y un voto nulo, de 317 votos emitidos; y por la tarde en el Senado, con solo 6 abstenciones de 202 votos emitidos) seguramente arroje la clave interpretativa de la ausencia de debate constituyente sobre la amnistía: (dirigiéndose a la minoría que había anunciado su abstención, para reclamar de la misma un acto de “unanimidad nacional”) “Nosotros afirmamos desde esta tribuna que esta es la amnistía que el país reclama y que, a partir de ella, el crimen y el robo no pueden ser considerados, se hagan desde el ángulo que sea, como actos políticos” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 24, sesión plenaria de 14 de octubre de 1977, pág. 960).

No puede, por lo demás, aceptarse el argumento (aludido en la parte IV de la exposición de motivos) de la admisibilidad de la amnistía por la Constitución al no haber derogado ésta el Real Decreto-Ley 10/1976 y la Ley 46/1977, pues la vigencia de esta legislación de amnistía se explica con normalidad, de un lado, por el hecho de formar parte del propio acto fundacional del nuevo orden jurídico-político plasmado en la Constitución (hecho, al que la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero, sin deducir ninguna otra consecuencia, vincula la vigencia de la Ley de Amnistía de 1977, sin haber resultado derogada por la Constitución -F.J. 3º-3-), y, de otro, porque ésta, al vedar la amnistía del ámbito de disposición del poder público, solo podía hacerlo para el futuro, no pudiendo retroactivamente revocar un régimen penal favorable como el integrado por las amnistías concedidas por aquellas normas.

7. El resultado interpretativo al que se ha llegado precedentemente puede y debe aún contrastarse con el principio de no contradicción que ha de regir en todo sistema normativo y de modo particular en el sistema que compone la Constitución misma, cuya unidad ha destacado reiteradamente el Tribunal Constitucional desde el temprano Auto 60/1981 (“es necesario efectuar una interpretación sistemática de la Constitución, ya que los preceptos constitucionales no pueden ser interpretados aisladamente y desde sí mismos, sino siempre en relación con otros preceptos y con la unidad de la propia Constitución en la que están articulados” -FJ 2-). Tal unidad supone que “la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su artículo 1, en su apartado 1, a partir del cual debe

resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles” (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3).

8. En primer lugar, la interpretación del silencio de la Constitución acerca de la amnistía en el sentido de haber quedado excluida del ámbito de disposición del poder público, incluido el legislador, es coherente con el supuesto de que las potestades de clemencia requieren, para su existencia, de un expreso reconocimiento por la Constitución, dado el “imperio” de ésta como norma suprema (STC 54/1983, de 21 de junio, FJ 2), del que deriva el deber expresamente declarado en el artículo 9.1, de sujeción a la misma de todos los poderes públicos, incluido el legislador, que entraña para los titulares de los mismos “un cualificado deber de acatamiento a dicha norma fundamental, que no se cifra en una necesaria adhesión ideológica a su total contenido, pero sí en el compromiso de realizar sus funciones de acuerdo con ella y en el respeto al resto del ordenamiento jurídico (entre otras, SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3, y 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 5)” [STC 259/2015, FJ 4b)]. En otras palabras, “en el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución, que (...) requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella” [STC 259/2015, FJ 4b), doctrina reiterada posteriormente, entre otras, en STC 124/2018, FJ 4].

Desde la perspectiva de esta “primacía incondicional” de la Constitución puede trazarse un paralelismo entre las prerrogativas de inmunidad asociadas a los titulares de los órganos constitucionales que conforman la Monarquía parlamentaria, expresamente previstas, en razón precisamente de su excepcionalidad, por la Constitución (inviolabilidad del Jefe del Estado e inmunidad de diputados y senadores, según los artículos 56.3 y 71.2, respectivamente), y las potestades exorbitantes de clemencia (indulto particular, indulto general y amnistía), que no permitirían fundarse en atribuciones implícitas, resultando más bien exigible su reconocimiento expreso por la Constitución a los poderes constituidos. Ello es así, desde las dos direcciones en que puede examinarse la acción del Estado.

Por un lado, desde la perspectiva del Estado mismo, por cuanto las potestades de clemencia afectan al núcleo mismo del Estado, en cuanto que posee el monopolio del ejercicio legítimo de la violencia, representado en grado eminente en el *ius puniendi*, a cuya formalización codificada se ha llamado con razón “constitución negativa” (así lo hace el Código Penal español vigente, en su exposición de motivos). De lo cual deriva que la potestad de clemencia, en cualquiera de sus manifestaciones, en cuanto que excepciona la aplicación del Derecho penal, haya de estar reconocida, como condición de su existencia, en la norma fundamental y fundamentadora de los poderes del Estado. Esta idea es plenamente coherente con la concepción de los órganos fundamentales del Estado (los también denominados “órganos constitucionales”) propia del Estado Constitucional de Derecho de nuestro tiempo, que, según las enseñanzas de quien fuera primer presidente del Tribunal Constitucional español, son aquellos

que reciben directamente de la Constitución su status y competencias esenciales, a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico-político fundamental proyectado por la Constitución, no pudiendo caber duda alguna de que el poder de gracia o clemencia, en cualquiera de sus manifestaciones, sea una competencia esencial necesitada de una expresa previsión en la norma fundamental para su ejercicio.

No es sorprendente ni casual, en este sentido, que la amnistía haya encontrado plasmación específica (diferenciada de la función legislativa propiamente dicha) en diferentes textos constitucionales, consecuencia de una decisión favorable a la misma del poder constituyente en cada caso: entre los países de la Unión Europea, Austria -artículo 93- reservada a una ley federal; Bulgaria -artículo 84.13-, reservada a la Asamblea Nacional; Chequia -artículo 63.1.k), formalmente atribuida, al igual que el indulto, al Presidente de la República; Croacia -artículo 81-, reservada al Parlamento; Dinamarca -artículo 24-, formalmente atribuida, junto con el indulto, al Rey; Eslovaquia -artículo 102.1.j)-, formalmente atribuida junto con el indulto al Presidente de la República; Finlandia -artículo 105-, reservada a la Ley; Francia -artículo 34-, reservada a la ley; Grecia -artículo 47.3-, donde, circunscrita a los llamados “delitos políticos”, se exige una mayoría de tres quintos del Parlamento, para su concesión; Hungría - El Estado, artículo 1.2.j)-, reservada a la Asamblea Nacional; Italia -artículo 79-, que contempla unitariamente el “indulto” (que designa en ese país, el indulto general) y la amnistía, los cuales, desde 1992, solo pueden ser concedidos por ley aprobada por mayoría de dos tercios de cada Cámara, sobre cada artículo y sobre el conjunto; Letonia -artículo 45-, reservada al Parlamento; Lituania -artículo 67.19-, reservada al Parlamento; Países Bajos -artículo 122.2-, reservada a la ley; Portugal -artículo 161.f)-, que contempla unitariamente el indulto general y la amnistía, como una competencia de la Asamblea; y Rumanía -artículo 73 i)-, que también contempla unitariamente el indulto general y la amnistía, reservando ambas figuras a la Ley.

También desde la perspectiva de los ciudadanos, la admisibilidad de la potestad de clemencia sin expreso reconocimiento en la Constitución cuestionaría el fundamento mismo de la obediencia al Derecho (al Derecho producido por el legislador democrático), o dicho en otras palabras, operaría como un factor de deslegitimación de tal obediencia, posibilidad que, en el caso español, la Constitución, al fundar el ordenamiento jurídico y político de la comunidad nacional sobre la base del Estado social y democrático de Derecho, regido por los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (artículo 1.1), ha querido evitar con la expresa proclamación del deber de sujeción de los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1).

9. En segundo lugar, la exigencia de una expresa previsión en la Constitución del poder de clemencia o gracia, en cualquiera de sus modalidades, es un *príus* para la tarea del intérprete a la hora de conciliar en cada caso dicho poder con dos principios constitucionales fundamentales, a saber, el principio de igualdad, expresión de un valor superior del ordenamiento jurídico (tanto en la Constitución -artículo 1.1- como en el Tratado de la Unión Europea (TUE) -artículo 2-) y, en su vertiente subjetiva, de un derecho fundamental -artículo 14 Constitución y artículos

20 y 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, y el de legalidad (artículo 9.3 de la Constitución, del que es trasunto el principio de legalidad en materia penal -artículo 25.1 Constitución y artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -). Dichos principios suponen, en materia penal, la igual sujeción de todos a las consecuencias previstas por las leyes generales en vigor en el momento de la comisión de los hechos incriminados, y que repudiarían la desigualdad derivada de la renuncia selectiva de la acción punitiva exigible por la ley general sin expresa cobertura constitucional.

10. En tercer lugar, el requerimiento de un expreso reconocimiento constitucional del poder de gracia, en cualquiera de sus modalidades, es coherente con la posición de las Cortes Generales en el sistema de relaciones entre poderes que establece la Constitución, y conforme al cual la centralidad del Parlamento “ha de conciliarse, como es propio del Estado constitucional y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE) con el respeto a la posición institucional de otros órganos constitucionales [STC 191/2016, FJ 6 C) c)]” (STC 124/2018, FJ 6).

Según una cierta opinión doctrinal, la de otorgar amnistías podría entenderse implícita en “la potestad legislativa” atribuida, entre otras, a las Cortes Generales en el artículo 66.2 de la Constitución.

Esta interpretación no se compadece, sin embargo, con una interpretación respetuosa, desde un análisis riguroso de la estructura esencial de la figura de la amnistía, y receptivo de la voluntad del constituyente al describir las funciones de las Cortes Generales, con el diseño constitucional de la separación de poderes.

En efecto, la amnistía, en su forma esencial, aparece como un acto exclusivamente retroactivo, esto es, que opera siempre *post factum*, con una eficacia que, aplicando una distinción, propia de la Teoría del Derecho, entre normas primarias y secundarias, en uno de sus sentidos (el que alude a la estructura de la norma jurídica), deja subsistente la norma primaria (o condicionante) del precepto penal (aquella expresiva del “deber ser” normativo formulado mediante una prohibición o mandato), para dejar sin efecto solo la norma secundaria (o condicionada) de aquel precepto (esto es, la consecuencia jurídica incriminatoria anudada al incumplimiento del mandato o prohibición objeto de la norma primaria), en relación a determinada categoría o categorías de hechos delictivos en un período delimitado anterior al acto de gracia. De ahí que solo por aproximación y de un modo impreciso pueda hablarse de que la amnistía produce una “derogación retroactiva” de la ley penal, pues no se ve afectada con tal medida la norma primaria de dicha ley.

Como acto estrictamente retroactivo carece, no obstante la generalidad de su formulación, en relación con los ciudadanos que resultarían beneficiarios de la medida, de la dimensión de la generalidad constituida por la abstracción, esto es, de la pretensión de eficacia social organizadora futura, necesariamente concebida sobre categorías de ciudadanos no determinadas ni determinables *a priori*. Esta caracterización justificaría, según la doctrina más autorizada, la conceptualización de la amnistía (y lo mismo sucedería con el indulto general) como actos que, aun

pudiendo revestir en los ordenamientos constitucionales que la admiten, la forma de ley, no serían actos propiamente normativos.

Esta concepción, que haría difícil la subsunción de esta facultad en la “potestad legislativa” de las Cortes Generales, resultaría confirmada, no solo por el constitucionalismo histórico español, en el que la constitucionalización de la figura lo ha sido siempre como una facultad específica, bien de las Cortes junto con el Rey (Constitución de 1869), bien directa y solamente de las Cortes (Constitución de 1931), sino sobre todo por el proceso de elaboración de la Constitución, durante el que, como se ha visto, se descartó la pretensión recogida en la enmienda 504 al Anteproyecto, de incorporar al elenco de funciones de las Cortes Generales, la de otorgar amnistías como una función específica. Puede añadirse ahora el dato menos conocido de que se descartara igualmente la pretensión, recogida en la enmienda 697, del Grupo Parlamentario Comunista (como parte de su enmienda 12), de incorporar como función genérica de las Cortes Generales la de que “adoptan las decisiones políticas fundamentales”.

11. Ciertamente, los contornos de la función legislativa han variado en el Estado social y democrático contemporáneo, y en esta variación cifra la exposición de motivos el argumento central para defender la constitucionalidad de la amnistía, al encuadrarla en el concepto de ley singular.

A este respecto el máximo intérprete de la Constitución, a la vez que sitúa dicho concepto, elaborado a raíz del caso RUMASA, en la superación del dogma de la generalidad de la ley, que “no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar, con valor de Ley, preceptos específicos para supuestos únicos o sujetos concretos”, considera que las leyes singulares suponen “ejercicio excepcional” de la potestad legislativa, “subordinada a rigurosos límites” (STC 166/1986, de 19 de diciembre, relativa a la expropiación del Grupo Rumasa, FJ 10). A partir de esta sentencia el Tribunal Constitucional ha identificado tres tipos de leyes singulares (tipología que sistematiza en la sentencia 134/2019, FJ 5): a) la ley de “caso único” o de “estructura singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida”, como fue el caso de las expropiaciones objeto de la ley enjuiciada en la sentencia precitada; b) la ley autoaplicativa, “término éste que hace alusión a las leyes que contienen una actividad típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto”, caso de la ley canaria de expropiación examinada en la sentencia 48/2005, de 3 de marzo, y de la ley de Castilla y León sobre declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad, examinada en la sentencia 129/2013, de 4 de junio; y, finalmente, c) el tipo de ley singular representado por “aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro”, categoría bajo cuyo prisma se examinaron los casos de las sentencias 203/2013, de 5 de diciembre (Ley de Castilla y León de aprobación del proyecto regional “Ciudad del Medio Ambiente”) o 50/2015, de 5 de marzo (Ley de Castilla y León de modificación de la ley de la misma Comunidad de Declaración del Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina).

En todo caso, la ley singular en cualquiera de los tipos señalados está sujeta a tres límites, que integran el canon de constitucionalidad de la misma, arquetípicamente designados por el alto tribunal a través de los conceptos de “razonabilidad, proporción y adecuación”, que remiten, respectivamente, al principio de igualdad, que “exige que la ley singular responda a una situación excepcionalmente singular”, a la exigencia de que estas leyes se circunscriban a “casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración”, y a la imposibilidad de “condicionar o impedir por una ley singular el ejercicio de derechos fundamentales que son materia reservada a leyes generales” (SS 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11, y 129/2013, de 4 de junio, FJ 4).

Según la exposición de motivos de la proposición de ley examinada (parte V), la misma se encuadraría en la categoría de ley singular, y respetaría el principio de igualdad y el triple canon de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación.

No es preciso examinar la argumentación en tal sentido, pues, en realidad, el análisis de la exposición de motivos en este punto (la ley de amnistía sería, según la misma, una ley singular, dentro de los límites constitucionales) adolece de un desenfoque de raíz, ya que el corpus jurisprudencial sobre la ley singular se enmarca exclusivamente en el conjunto de relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, caracterizado en el momento histórico-constitucional presente por “una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones (legislativa y ejecutiva), admitiéndose pacíficamente que su separación ya no se sustenta en la generalidad de una y en la singularidad de la otra”, siendo lícito, dentro de los límites constitucionales, que el legislador intervenga mediante decisiones singulares en el ámbito de la Administración, como lo es que esta complete, con estricta sumisión al principio de legalidad, la función normativa de aquél mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11, en una doctrina que permanece invariable en sentencias posteriores).

Bien se comprende que el objeto de la proposición de ley nada tiene que ver con ese marco conceptual de relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo, antes bien, compromete las relaciones entre la función legislativa y la función jurisdiccional, pues los destinatarios primarios de toda medida de gracia, también de la amnistía, son principalmente los jueces y tribunales, a los que corresponde su aplicación a los casos comprendidos en el ámbito de aquella.

A este respecto, debe repararse en la asimetría que, en el diseño constitucional de la separación de poderes, cabe advertir en la comparación de las relaciones entre Legislativo y Ejecutivo, por un lado, y las del conjunto representado por aquellos y el Poder Judicial, por otro, pues así como en las primeras no existe una “reserva de administración” ni de poder reglamentario, que impidiera al legislador intervenir en el ámbito reservado, existe en cambio una reserva absoluta de jurisdicción en favor de los jueces y tribunales determinados por la ley, expresada en términos textuales rotundos en el artículo 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.”

Esta reserva de jurisdicción, supuesto el poder fusionado que Legislativo y Ejecutivo representan en el Estado contemporáneo, constituye la piedra angular del Estado Constitucional de Derecho, tanto en nuestra Constitución, como para la Unión Europea, como demuestra la serie de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de ésta desde 2018, frente a Polonia, en defensa del Estado de Derecho.

Desde la perspectiva de esa reserva absoluta de jurisdicción característica del Estado de Derecho consagrada en la Constitución española (y en la tradición constitucional que sustenta toda la construcción de la Unión Europea), no puede aceptarse que de la circunstancia de la necesaria mediación de los jueces y tribunales en la aplicación de la ley de amnistía (aludida en la exposición de motivos en el quinto párrafo de la parte IV y reiterada en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados procedente del nuevo dictamen aprobado por la Comisión de Justicia de dicha Cámara el 7 de marzo de 2024, en el último párrafo de la parte IV y en el cuarto párrafo de la parte VI) pueda deducirse que “la amnistía no afecta al principio de separación de poderes ni a la exclusividad de la jurisdicción prevista en el artículo 117 de la Constitución” (quinto párrafo de la parte IV de la referida exposición de motivos), pues tal afirmación pasa por alto la imposibilidad de asimilar la aplicación de una ley de amnistía a la de cualquier otra ley, pues el contenido de la primera es justamente impedir el ejercicio ordinario de la función jurisdiccional, desapoderando en la práctica del mismo a los jueces, bien en relación solo a procedimientos no concluidos en sentencia (amnistía propia) o también en relación a procesos concluidos en sentencias condenatorias firmes (amnistía impropia). Por ello sólo podría aceptarse si está explícitamente reconocida por la Constitución, como excepción al principio de división de poderes, en su concreción de reserva absoluta de jurisdicción (artículo 117.3 de la Constitución) y de obligación incondicionada de cumplimiento de las sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (artículo 118 de la Constitución).

En conclusión, por su forma esencial (como acto no propiamente normativo), puesta en relación con los antecedentes conocidos de la elaboración de la Constitución, y la imposibilidad de considerarla como ley singular (categoría que se enmarca exclusivamente, en nuestro sistema, en el conjunto de relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo), la amnistía no puede entenderse como una facultad implícita en la potestad legislativa de las Cortes. Antes bien, su dinamismo supone una quiebra de la división de poderes plasmada en la Constitución, en concreto de la reserva absoluta de jurisdicción (artículo 117.3 Constitución) y de la obligación incondicionada de cumplir las sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (artículo 118 de la Constitución), en cuanto que supone un desapoderamiento del ejercicio ordinario de la función jurisdiccional en el ámbito de los hechos delictivos sobre los que se proyecta, especialmente grave cuando anula la cosa juzgada, que requeriría una expresa previsión por la Constitución.

12. Las consideraciones anteriores alzan, frente a los argumentos centrales en favor de la proposición de ley contenidos en su exposición de motivos, sólidas razones que cuestionan la constitucionalidad de la iniciativa *in toto* y que eximirían de comentario ulterior sobre otras observaciones espigadas en la exposición de motivos, ya sobre la circunstancia del reconocimiento que la amnistía tendría en algunos países pese a no figurar en sus textos constitucionales, ya sobre menciones a la figura de la amnistía en textos foráneos de distinta naturaleza, ya, en fin, sobre referencias a la misma en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en normas infraconstitucionales, por ajenas a los criterios que deben presidir la interpretación de la Constitución como norma jurídica superior.

Se ha destacado el caso de Alemania, donde aun no figurando expresamente en la Ley Fundamental de Bonn, la amnistía es admitida y ha sido aplicada en varias ocasiones. La comparación, en este caso, como en otros que pudieran señalarse, no puede prescindir de las características de cada ordenamiento constitucional. Basta con reseñar los muy diferentes contextos histórico-constitucionales en los que alumbran la Ley Fundamental alemana y la Constitución española, sus diferencias en opciones políticas fundamentales (como ocurre señaladamente con la norma contenida en el artículo 21.2 de la primera, que declara inconstitucionales los partidos contrarios al ordenamiento democrático libre o a la existencia de la República Federal Alemana, norma por completo extraña al modelo constitucional español) y los diferentes contenidos concretos de ambos textos constitucionales (como ocurre con la prohibición de indultos generales, recogida en la Constitución española y ausente de la Ley Fundamental de Bonn, en el marco de una tradición jurídica, la alemana, que, como ha recordado un tratadista de Derecho penal, atribuye una análoga naturaleza jurídica a indultos generales y amnistías, englobados bajo el nombre común de *Amnestie* -en contraste con el indulto particular, denominado *begnadigung*-, y que solo pueden otorgarse, ambos, por ley federal).

En otro orden de observaciones, no puede extrañar que la amnistía aparezca mencionada en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), siéndolo entre los motivos de no ejecución obligatoria de dicha orden por el Estado que la recibe (Estado de ejecución) si el delito por el que se emite aquella orden estuviera cubierto por una amnistía en dicho Estado (artículo 3.1), o que aparezca también mencionada en determinadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (como la de 29 de abril de 2021, asunto C-665/20, y la de 16 de diciembre de 2021, asunto C-205/20, citadas, al igual que aquella Decisión Marco, en la parte I de la exposición de motivos), no en razón a que “la institución de la amnistía esté perfectamente homologada” (como afirma de modo inexacto la exposición de motivos), pues ni el Derecho de la Unión regula la amnistía (como afirma explícitamente dicho Tribunal en la segunda sentencia citada -parágrafo 40-) ni la impone de ningún modo a los Estados miembros, sino en razón a la incidencia que la aplicación de la amnistía (o su revocación, como era el caso en la segunda de las sentencias citadas) en un Estado miembro o en un tercer Estado pudiera tener para la aplicación de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 sobre la orden de

detención europea. No pueden extrañar tales menciones, en efecto, pues la amnistía (como las demás modalidades del poder público de gracia) tiene reconocimiento, entre otros, en diferentes Estados de la Unión Europea, como se ha visto.

Pero el reconocimiento de la amnistía en otros ordenamientos estatales, más allá de su interés académico o incluso desde el punto de vista “de constitutione ferenda”, para auspiciar una reforma constitucional, carece de toda relevancia para dilucidar la cuestión de la conformidad o no de la amnistía a la Constitución en un concreto ordenamiento jurídico estatal.

Lo mismo cabe decir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la amnistía, de la que se cita en la exposición de motivos (parte I) la sentencia de la Gran Sala de 27 de mayo de 2014, caso *Marguš v. Croatia*. No es exacto afirmar que dicha jurisprudencia haya reconocido “la validez y oportunidad política de la amnistía”, pues no se ha ocupado de tal cuestión de modo general, sino solo desde la perspectiva particular del juicio que merece la aplicación de la amnistía en casos de graves violaciones de los derechos humanos, alineándose el Tribunal con la tendencia que ha ido consolidándose en el Derecho Internacional de considerar inaceptable dicha medida en tales casos. Ni ha examinado, pues, dicho órgano jurisdiccional la amnistía de modo general ni la ha considerado oportuna con carácter general (antes bien, en la sentencia antes citada, en la que el caso enjuiciado se enmarcaba en el contexto de la guerra de Croacia y de la ley de amnistía general aprobada a su término, se plantea como hipótesis la admisibilidad de amnistías en “algunas circunstancias particulares como un proceso de reconciliación y una forma de compensación a las víctimas” -párrafo 139-), ni menos aun ha considerado (ni podría hacerlo) la cuestión de la conformidad o no a la Constitución de la amnistía en un concreto ordenamiento estatal.

La misma consideración es extensible a otras referencias foráneas como, en el ámbito del Consejo de Europa, la “Recomendación CM/Rec (2010)12” y la “Opinión CDL-AD(2013)009”. La primera referencia (aludida en el último párrafo de la parte I de la exposición de motivos) es una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre independencia judicial, que menciona la amnistía justamente como “una excepción” al principio general por el que los poderes ejecutivo y legislativo no deben tomar decisiones que invaliden decisiones judiciales, vinculando su justificación a “altos principios humanitarios” (párrafo 25). A su vez, la segunda referencia (aludida en la parte I de la exposición de motivos y reiterada, a raíz del texto aprobado por el Congreso de los Diputados procedente del nuevo dictamen aprobado por la Comisión de Justicia de dicha Cámara el día 7 de marzo de 2024, en las partes V y VI de aquella exposición, en términos tales que traslucen la preocupación por destacar, de un lado, la diferenciación de funciones del poder legislativo y el judicial en relación a la amnistía propuesta, y, de otro, la identificación abstracta con que se habrían establecido los supuestos comprendidos en las exclusiones de tal medida) remite a un informe de la Comisión de Venecia sobre una determinada ley de amnistía de Georgia. Tal informe, sin embargo, no puede desvincularse del alcance del mismo, ajeno a toda consideración sobre la constitucionalidad de

aquella ley (en un ordenamiento estatal, por cierto, en el que la amnistía aparece mencionada expresamente en sentido permisivo por la Constitución) y limitado a dilucidar, de acuerdo con estándares internacionales, si aquella ley cumplía los principios del Estado de Derecho, que el informe cifró en los siguientes: legalidad (que incluye la transparencia), separación de poderes, prohibición de la arbitrariedad, no discriminación e igualdad ante la ley (parágrafos 35 y ss.). En este caso, en una consideración de conjunto, y ello es relevante, de la ley examinada y su contexto (caracterizado por acompañarse la ley de amnistía de una resolución aprobada por el mismo Parlamento, que, en relación con determinados hechos relativos a personas perseguidas o privadas de libertad por razones políticas, las designaba nominativamente) concluyó que la citada ley no cumplía aquellos estándares, al invadir el Parlamento el ámbito propio de la judicatura. De cualquier modo, ninguna de las referencias mencionadas se ocupa (ni podría ocuparse) de la cuestión de la conformidad o no a la Constitución de la amnistía en un concreto ordenamiento estatal.

Tampoco es significativa, argumentalmente, la referencia (en la parte IV de la exposición de motivos) a la mención que a la amnistía se hace en determinados acuerdos internacionales suscritos por España en materia de traslado de personas o extradición, por cuanto tal mención simplemente expresa una posibilidad dependiente del ordenamiento constitucional de cada uno de los Estados signatarios (por citar un ejemplo del ámbito europeo, el Convenio europeo de traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, señala que “cada parte podrá conceder el indulto, la amnistía o la conmutación de la pena de conformidad con su Constitución o sus demás normas jurídicas -artículo 12-), posibilidad que, dada la ausencia de reconocimiento por la Constitución española, hay que entender referida a la otra parte signataria.

Resulta, en fin, llamativo, que la exposición de motivos omita el dato de que el Código Penal español vigente (1995), denominado Código penal de la democracia, eliminase la amnistía de la relación de causas de extinción de responsabilidad criminal recogida en su artículo 130, eliminación que figuraba desde la redacción originaria del Proyecto de Ley y que no suscitó ningún debate en su tramitación. Coherente con esta eliminación, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, menciona como únicas causas de extinción de la responsabilidad criminal para denegar la entrega del sujeto reclamado, que el delito, de acuerdo con el régimen legal español, estuviese prescrito, o que la persona reclamada hubiese sido indultada [artículos 32.1.b) y 48.1.a)], sin que dicha ley contemple como motivo de denegación de la entrega que el delito hubiese sido amnistiado en España.

En cambio, la exposición de motivos alude a la mención de tal figura en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (donde aparece entre los artículos de previo pronunciamiento -artículo 666-), Ley, que aunque objeto de numerosas modificaciones, tiene su origen en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, y a la hecha en normas infraconstitucionales, ya se trate de ciertos reglamentos estatales o leyes autonómicas, que prevén la amnistía como causa de extinción de la responsabilidad disciplinaria en los distintos ámbitos a los que se refieren,

siendo así que tales menciones carecen también de relevancia para la interpretación de la Constitución y podrían seguramente explicarse por una inercia proveniente de la época preconstitucional, fundamentalmente derivada de la inclusión de la amnistía entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal en el Código Penal de 1973, vigente hasta su derogación por el Código Penal de 1995.

13. RECAPITULANDO lo hasta aquí expuesto, no solo dos de los criterios hermenéuticos habituales (la expresión textual y la investigación histórica), en unión con la lógica normativa, permiten fundadamente sostener que el silencio de la Constitución acerca de la amnistía debe interpretarse en el sentido de haber quedado dicha figura vedada al ámbito de disposición del poder público, incluido el legislador, sino que esta interpretación se ve sólidamente trabada desde la perspectiva del capital principio de unidad de la Constitución, que remite en definitiva a la necesaria coherencia de todos sus contenidos, a la luz de la fundamental proclamación recogida en el primer apartado de su artículo 1.

Así resulta que aquella interpretación es coherente con la “primacía incondicional” de la Constitución como norma suprema y el cualificado deber de sujeción a la misma de todos los poderes públicos, incluido el legislador, que deriva de tal primacía (artículo 9.1), así como con el status de los órganos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho, por cuya virtud las potestades de clemencia, en sus distintas modalidades, requieren, por su carácter exorbitante, de un expreso reconocimiento por la Constitución a los mencionados órganos. Es también coherente, como fundamento del mismo, con el deber de sujeción de los ciudadanos “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (artículo 9.1), que es indisociable del principio de igualdad -artículo 1.1 Constitución y artículo 2 TUE- y de su vertiente subjetiva como derecho fundamental -artículo 14 Constitución y artículos 20 y 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, así como del principio de legalidad (artículo 9.3 Constitución y, en su encarnadura en lo penal, artículo 25.1 Constitución y artículo 49.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), principios que, en materia penal, suponen la igual sujeción de todos a las consecuencias previstas por las leyes generales en vigor en el momento de la comisión de los hechos incriminados, y que repudiarían la renuncia selectiva de la acción punitiva exigible por la ley general, sin expresa cobertura constitucional. Es, en fin, coherente con la posición institucional de las Cortes Generales en el sistema de división de poderes establecido en la Constitución que, si permite, en el marco de las relaciones entre Legislativo y Ejecutivo, la existencia de modo excepcional de leyes singulares, por no existir en tal marco una reserva de administración ni de poder reglamentario (y en tal marco ha sido conceptualizado el tipo normativo de la ley singular), no lo hace en el marco de las relaciones entre el Legislativo-Ejecutivo y el Poder Judicial, pues en el mismo sí existe una reserva absoluta de jurisdicción (artículo 117.3 de la Constitución) y una obligación incondicionada de cumplimiento de las sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (artículo 118 de la Constitución), con la consecuencia de que la admisión de la amnistía, aun bajo la forma de ley, en la medida que esencialmente enerva el ejercicio ordinario de la función jurisdiccional, supondría,

sin expresa previsión por la Constitución, una quiebra de la división de poderes establecida en la misma.

14. De las fundadas razones que permiten sostener la inconstitucionalidad general de la proposición de ley resultaría como correlato lógico la necesidad, como puso de manifiesto el informe de los letrados de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados y lo ha hecho el informe de la Secretaría General del Senado, de una previa reforma constitucional, único cauce a través del cual las fuerzas políticas podrían incorporar a la Constitución la amnistía como una modalidad del poder de gracia entre las funciones propias de las Cortes Generales, y, eventualmente, dibujar sus contornos, con exigencia por ejemplo de una mayoría cualificada para su ejercicio (como hace la Constitución italiana, que, como se ha visto, desde 1992, exige para las amnistías e indultos generales una mayoría de dos tercios de cada Cámara), que aúne a mayoría y minoría (según el significado profundo de la democracia en la tradición occidental) en la identificación de la idea de justicia que arquetípicamente se asocia a esta figura.

Debe, en este punto, hacerse referencia al informe de la Comisión de Venecia CDL-AD(2024)003 mencionado *supra* en los antecedentes, que examina la Proposición de Ley Orgánica para la normalización institucional, política y social en Cataluña. El propio informe comienza advirtiendo sobre su alcance, señalando que, siendo un “análisis legal” y, por tanto, ajeno a consideraciones políticas, su parámetro de examen se limita a “European and international standards, as well as comparative material” (los estándares europeos e internacionales, así como al material comparado) (parágrafo 9), declarándose incompetente para considerar la constitucionalidad de la proposición de ley de amnistía así como para evaluar su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea (parágrafo 10).

Ello no impide al informe afirmar con carácter general (en la parte VI.A en la que analiza con tal carácter los requerimientos impuestos por el Estado de Derecho a las amnistías) que las mismas “must comply with the Constitution” (deben ser conformes con la Constitución) (parágrafo 61), y, de modo concreto (al analizar la proposición de ley) deducir de la “vivid controversy that this matter has sparked” (vívida controversia que esta cuestión ha provocado), que “it would be preferable, when the time is ripe, to regulate this matter explicitly by way of a constitutional amendment “ (sería preferible, en el momento oportuno, regular esta cuestión explícitamente a través de una modificación constitucional) (parágrafo 93). Dando un paso más, el mismo informe considera que “insofar as amnesty may have very divisive effects in the society, the parliament should strive to adopt it by an appropriately large qualified majority” (en la medida que la amnistía puede tener efectos muy divisivos en la sociedad, el parlamento debería proponerse adoptarla con una mayoría cualificada apropiadamente amplia) (parágrafos 62 y 75), aserto que concreta, en las conclusiones referidas a la proposición de ley, en la recomendación de “to attempt to reach a higher qualified majority than the absolute majority of the members of the Congress which is required for the adoption of an organic law” (intentar alcanzar una mayoría cualificada más alta que la mayoría absoluta de los miembros del Congreso requerida para la adopción de una ley orgánica) (parágrafo 128).

Por cuanto antecede, no puede dejar de advertirse de la verosímil posibilidad de que se impulse, por los sujetos legitimados para ello, alguno de los cauces a través de los que se ventilan las controversias constitucionales ante el Tribunal Constitucional.

### **III. ARTICULADO DE LA PROPOSICIÓN DE LEY**

#### **III.A) Estructura y disposiciones finales**

15. Aun desde la hipótesis de que la amnistía estuviera constitucionalizada, como una función específica atribuida a las Cortes Generales, su ejercicio solo podría producirse con sujeción tanto a los principios constitucionales como al Derecho de la Unión Europea, cuya primacía en relación a los ordenamientos de los Estados miembros es bien conocida, razón por la que es pertinente el examen, desde tal doble perspectiva, del articulado de la proposición de ley.

Dicho articulado se estructura en tres títulos (I, Ámbito objetivo y exclusiones; II, Efectos; y III, Competencia y procedimiento) que integran un total de dieciséis artículos. Completan la iniciativa tres disposiciones finales.

Antes de examinar el articulado, cabe hacer un breve comentario sobre las disposiciones finales primera y segunda, que contienen sendas modificaciones de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y de la Ley Orgánica del Código Penal. Es remarcable la que afecta a esta última, pues tiene por objeto reintroducir en dicho Código, entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal, la amnistía, que figuraba, en el mismo catálogo junto al indulto, en el último Código Penal del franquismo (1973), que rigió hasta que se aprobó el denominado Código Penal de la democracia en 1995, el cual eliminó la referencia a la amnistía, dato que, presente desde la redacción originaria del proyecto de ley, sin que suscitara enmienda ni debate alguno, guarda incontestable coherencia con la ausencia de reconocimiento constitucional de la figura.

La reintroducción por la proposición de ley de la amnistía en el Código Penal evoca todas las razones que se han expuesto sobre la ausencia de reconocimiento constitucional de esta modalidad del poder público de clemencia, agravada por la impronta de “normalidad” que la mención legal atribuiría a una figura, por naturaleza, excepcional.

#### **III.B) Ámbito material y temporal de la amnistía. Artículo 1**

16. La delimitación de los hechos que constituirían el ámbito de la amnistía se realiza en el artículo 1 a través de dos coordenadas, material y temporal, enunciadas en términos genéricos en el párrafo primero del apartado 1, y desarrolladas, en cuanto a la coordenada material, en las letras a) a f) de dicho apartado. A su vez, el apartado 2 precisa que los hechos delimitados en el apartado anterior serán objeto de amnistía “cualquiera que fuese su grado de ejecución, incluidos los actos preparatorios, y cualquiera que fuera la forma de autoría o participación”. Finalmente, el apartado 3 amplía, como se verá, la

coordenada temporal previamente enunciada en el párrafo primero del apartado 1.

Desde la coordenada material, la delimitación de los hechos amnistiados comprende los “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”. Las consultas señaladas y sus respectivas fechas apenas son puntos de conexión, pues los hechos amnistiados comprenden todos los relacionados en las letras a) a f) del apartado 1 que tengan que ver con la “ejecución”, “preparación” y “consecuencias” de aquellas consultas, e incluso las acciones realizadas “en el contexto del denominado proceso independentista catalán, aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas o hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración”. La coordenada temporal está constituida por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2011 (inicialmente se fijó en el 1 de enero de 2012, pero en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados procedente del nuevo dictamen aprobado por la Comisión de Justicia de dicha Cámara el 7 de marzo de 2024, se anticipó dos meses, situándose en el 1 de noviembre de 2011) y el 13 de noviembre de 2023, período dentro del cual los hechos materialmente determinados deben haberse producido para que sean susceptibles de ser amnistiados.

La complejidad sintáctica del precepto es solo aparente, pues, a la postre, los hechos incluidos en la amnistía son los ilícitos penales, administrativos o contables que, realizados entre el 1 de noviembre de 2011 y el 13 de noviembre de 2023, estén vinculados al “proceso independentista catalán” (estén relacionados o no lo estén con las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017) y se comprendan en alguna de las categorías descritas en las letras a) a f) del apartado 1 del artículo 1.

Entre estas categorías cabe trazar, aunque no lo haga el precepto, una distinción entre la categoría recogida en la letra e) (“las acciones realizadas en el curso de actuaciones policiales dirigidas a dificultar o impedir la realización de los actos determinantes de la responsabilidad penal o administrativa comprendidas en este artículo”) y las establecidas en las restantes letras del apartado 1 del artículo 1 [a), b), c), d) y f)], y ello porque las acciones recogidas en estas últimas están definidas por un mismo y específico móvil, ausente en las descritas en la letra e).

Las tres primeras letras ofrecen una estructura similar, con un párrafo delimitador inicial de los hechos comprendidos en cada una de tales letras, al que siguen otros párrafos que concretarían aquellos hechos, en los que se mencionan, por su *nomen iuris* típico, ciertos delitos en particular (delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación -letras a) y b)-; delitos de prevaricación -letra c)-), pero tal concreción es en realidad ejemplificativa pues en las tres letras se incluyen sendas cláusulas abiertas (“así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad” -letras a) y b)-; “así como cualesquiera otros actos tipificados como delitos realizados con idéntica intención -letra c)-”), por lo

que son los respectivos párrafos iniciales, los delimitadores de los hechos comprendidos en la amnistía, definiéndolos a través del “móvil” de la conducta:

– “Los actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos.” [Párrafo primero de la letra a)].

– “Los actos cometidos con la intención de convocar, promover o procurar la celebración de las consultas que tuvieron lugar en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017 por quien careciera de competencias para ello o cuya convocatoria o celebración haya sido declarada ilícita, así como aquellos que hubieran contribuido a su consecución.” [Párrafo primero de la letra b)].

– “Los actos de desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos o resistencia que hubieran sido ejecutados con el propósito de permitir la celebración de las consultas populares a que se refiere la letra b) del presente artículo o sus consecuencias, así como cualesquiera otros actos tipificados como delitos realizados con idéntica intención.” [Párrafo primero de la letra c)].

Idéntica definición a través del “móvil” de la conducta contienen los hechos mencionados en la letra d) (“Los actos de desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia u otros actos contra el orden y la paz pública que hubieran sido ejecutados con el propósito de mostrar apoyo a los objetivos y fines descritos en las letras precedentes o a los encausados o condenados por la ejecución de cualesquiera de los delitos comprendidos en el presente artículo”) y los señalados en la letra f) (“Los actos cometidos con el propósito de favorecer, procurar o facilitar cualesquiera de las acciones determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable contempladas en los apartados anteriores del presente artículo, así como cualesquiera otros que fueran materialmente conexos con tales acciones.”).

En realidad, las distintas formulaciones de ilícitos comprendidos en las letras a), b), c), d) y f) están comprendidas en la determinación inicial de la letra a) y en el inciso final de la letra f): son objeto de amnistía en tanto que ilícitos penales, administrativos o contables y siempre que hubieran sido realizados entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023, todos “los actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos”, y “cualquiera otros que fueran materialmente conexos con tales acciones”.

Definidos así los hechos susceptibles de amnistía por un específico móvil (“reivindicar, promover o procurar” la independencia de Cataluña), sin referencia a tipos penales concretos, salvo algunos particularmente mencionados, sin constituir una lista cerrada, en las letras comprendidas en el apartado 1 del artículo 1, ni a categorías de delitos por el bien jurídico protegido, la amnistía así delimitada resulta ser una suerte de amnistía general, desde el punto de vista material, de

todos los ilícitos vinculados a aquel móvil, cometidos en el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2011 y el 13 de noviembre de 2023, sin más excepciones que las exclusiones que se establecen en el artículo 2 de la proposición de ley. Una precisión en la parte II de la exposición de motivos (introducida en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados resultante del nuevo dictamen de la Comisión de Justicia de dicha Cámara aprobado el 7 de marzo de 2024) confirma esta conclusión: “la consecución del objetivo de esta norma pasa por finalizar la ejecución las condenas y los procesos judiciales que afectan a todas las personas, sin excepción, que participaron en el proceso independentista”.

Incluso la limitación temporal que se establece al fijar las fechas inicial y final entre las que habrían debido realizarse los hechos para ser amnistiados se desvanece por efecto de la cláusula recogida en el apartado 3, conforme a la cual se entienden comprendidos en la amnistía los actos iniciados antes del 1 de noviembre de 2011 si su ejecución final fuese con posterioridad a esa fecha y los ejecutados con posterioridad al 13 de noviembre de 2023 si se iniciaron antes de esta fecha.

Así, la rúbrica del artículo 1 (“ámbito objetivo”) es, en rigor, inexacta, pues el ámbito material de la amnistía que se regula no se define por la naturaleza objetiva del bien protegido por el tipo del injusto, sino exclusivamente en razón al móvil o intencionalidad y, si concurre ese móvil, caben potencialmente todos los tipos penales, excepto los excluidos en el artículo 2.

17. La indeterminación que resulta del modo de configurar el ámbito material y temporal de la amnistía, sin referencia a tipos penales concretos, salvo algunos que, en particular y sin constituir una lista cerrada, se mencionan en las letras comprendidas en el apartado 1 del artículo 1, o a categorías de delitos en función del bien jurídico protegido, y en relación a un marco temporal amplísimo e inconcluso, podría ser lesiva del principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), como puso de manifiesto el informe de los letrados de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, y de la dimensión de aquel principio expresada en la obligación de cumplir las sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (artículo 118 de la Constitución).

Dicho principio, que es una dimensión esencial del Estado de Derecho, el cual es un pilar fundamental del ordenamiento estatal (artículo 1.1 de la Constitución) y del ordenamiento de la Unión Europea (artículo 2 TUE), vincula a todos los poderes públicos, incluido el Legislativo y tiene dos dimensiones, estrechamente unidas entre sí. De un lado, una dimensión objetiva, relativa a la certeza de la norma como tal, que afecta primariamente a los órganos que tienen que aplicarla, y que permite una aplicación homogénea de la misma. De otro, una dimensión subjetiva, que alude a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, o, dicho en otras palabras, a “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (STC 36/1991 FJ 5), lo que guarda conexión con el “principio de protección de la confianza legítima de los ciudadanos” (derivación del principio de seguridad jurídica, según la STC 222/2003 FJ 4). En síntesis que

comprende ambas dimensiones, el principio de seguridad jurídica “ha de entenderse como la certeza sobre la regulación jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando la claridad y no la confusión normativa” (STC 222/2003 FJ 4).

La traza de la relevancia del principio de seguridad jurídica, en su doble vertiente subjetiva y objetiva, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, es notoria en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de ésta [por citar, a título de ejemplo, una sentencia de años recientes: “según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este principio exige, por un lado, que las normas jurídicas sean claras y precisas y, por otro, que su aplicación sea previsible para los justiciables, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables para los particulares y las empresas” -STJUE (Sala Tercera) de 29 de abril de 2021, asunto C-504/19-parágrafo 51-].

El principio de seguridad jurídica adquiere un particular relieve en materia penal, donde el principio de legalidad impone un conjunto de exigencias, entre ellas “la tipicidad, o descripción estereotipada de las acciones o de las omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (...)”, y la de que las normas penales “deben ser concretas y precisas, claras e inteligibles sin proclividad alguna a la incertidumbre, lo que se suele llamar *lex certa* y también, académicamente, “taxatividad”, sin que sean admisibles formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (STC 105/1988)” (STC 34/1996, de 11 de marzo FJ 5).

El precitado informe de la Comisión de Venecia que examina esta proposición de ley orgánica -Opinión CDL-AD(2024)003- es inequívoco a este respecto, tanto en su consideración general sobre el carácter “esencial” del principio de seguridad jurídica en materia penal como en la evaluación resultante de su aplicación a la proposición de ley examinada.

Con carácter general, afirma:

“An amnesty law should meet the qualitative requirements that any law needs to meet. The exceptional nature of amnesty laws does not mean that basic quality standards do not have to be met. To the contrary, it is especially important for amnesty laws to meet these basic parameters as they affect criminal liability in an often very sensitive societal environment. The principle of no punishment without law, as developed in the case-law of the ECtHR, requires a clear definition of the crimes and penalties. Clarity, determinacy, accessibility, foreseeability are qualitative requirements of any law affecting the criminal domain. These principles apply to legislation that introduces or modifies crimes and penalties, as well as to legislation that decriminalises crimes and penalties. All the domain of criminal law – la *matière pénale* - is governed by the principle of strict legal certainty: as stated in the Rule of Law Checklist, “[t]he necessary degree of foreseeability

depends (...) on the nature of the law. In particular, it is essential in criminal legislation (...). [Una ley de amnistía debe reunir los requisitos cualitativos de cualquier ley. La naturaleza excepcional de las leyes de amnistía no significa que no deban cumplirse los estándares básicos de calidad. Por el contrario, es especialmente importante que las leyes de amnistía reúnan estos parámetros básicos, ya que afectan a la responsabilidad penal en un entorno social a menudo muy sensible. El principio de legalidad penal, tal como se desarrolla en la jurisprudencia del TEDH, requiere una definición clara de los delitos y las penas. Claridad, determinación, accesibilidad y previsibilidad son requisitos cualitativos de cualquier ley que afecte al ámbito penal. Estos principios se aplican a la legislación que introduce o modifica delitos y penas, así como a la legislación que despenaliza delitos y penas. Todo el ámbito del derecho penal –la *matière pénale*– se rige por el principio de estricta seguridad jurídica: como se afirma en la Lista de Verificación del Estado de Derecho, “[el grado necesario de previsibilidad depende (...) de la naturaleza de la ley. En particular, es esencial en la legislación penal (...)] (parágrafo 76).

Y añade:

“Even when amnesties are taken through other kinds of parliamentary acts or through governmental decisions (...), it is essential that their effects be formulated with sufficient precision and clarity so as to make them foreseeable as to the personal, substantive and temporal scope of the amnesty”. (Incluso cuando las amnistías se adoptan mediante otro tipo de actos parlamentarios o mediante decisiones gubernamentales (...), es esencial que sus efectos sean formulados con suficiente precisión y claridad para hacerlos previsibles en cuanto al alcance personal, sustantivo y temporal de la amnistía). (parágrafo 77).

Refiriéndose a la concreta proposición de ley, afirma la Comisión de Venecia:

«As concerns legal certainty, the Commission notes that the material and temporal scope of application of the amnesty as defined in Article 1.1 of the amnesty bill is very broad and undetermined. It defines the acts through their intention (“any act classified as a criminal offence” intended to (in)directly promote, support or facilitate the secession or independence of Catalonia”; “to call, promote or procure the holding of the consultations”) in the “framework of the consultations held in Catalonia on 9 November 2014 and 1 October 2017, their preparation or their consequences”, “ even if they are not directly related to these consultations or even if they were carried out after the respective consultations have taken place”. Article 1 further contains a list of offences, which however does not refer to specific crimes identified by the criminal legislation. Open clauses or expression like “as well as any other acts criminalised for the same purpose” or “as well as any other acts criminalised with the same intention” add to the vagueness». (En cuanto a la seguridad jurídica, la Comisión observa que el ámbito material y temporal de aplicación de la amnistía tal como se define en el artículo 1.1 de la proposición de ley de amnistía es muy amplio e indeterminado. Define los actos

por su intención (“cualquier acto tipificado como delito” destinado a (in)directamente promover, apoyar o facilitar la secesión o la independencia de Cataluña”; “convocar, promover o procurar la celebración de las consultas”) en el “marco de las consultas celebradas en Cataluña los días 9 de noviembre de 2014 y 1 de octubre de 2017, su preparación o sus consecuencias”, “incluso si no están directamente relacionadas con dichas consultas o incluso si se llevaron a cabo después de que se hubieran realizado las respectivas consultas”. El artículo 1 contiene además una lista de delitos, que sin embargo no se refiere a delitos específicos identificados por la legislación penal. Cláusulas abiertas o expresiones como “así como cualesquiera otros actos tipificados como delito con el mismo fin” o “así como cualesquiera otros actos tipificados como delito con la misma intención” aumentan la vaguedad) (párrafo 94).

Asimismo, que:

« The amendments adopted on 14 March 2024 have extended the temporal scope of the amnesty, which now starts on 1.11.2011. Amnesty thus applies to a very lengthy period of time between 1.11.2011 and 13.11.2023. The Spanish legislator has not given any explanation as to why these dates are “appropriate”. The Venice Commission fails to see the causal link between the rationale behind the amnesty and these dates. It therefore recommends reducing the temporal scope of application of the amnesty». (Las enmiendas adoptadas el 14 de marzo de 2024 han extendido el ámbito temporal de la amnistía, que ahora comienza el 1 de noviembre de 2011. Así, la amnistía se aplica a un período de tiempo muy largo entre el 1 de noviembre de 2011 y el 13 de noviembre de 2023. El legislador español no ha dado ninguna explicación acerca de por qué estas fechas son “apropiadas”. La Comisión de Venecia no acierta a ver el vínculo causal entre la racionalidad de la amnistía y dichas fechas. Por lo tanto recomienda reducir el ámbito temporal de aplicación de la amnistía) (párrafo 95).

Y añade:

“In conclusion, the Commission recommends narrowing down and defining the material and temporal scope of the application of the amnesty in a more precise way, so as to make the effects of the law more foreseeable. As amnesty affects the value of *res iudicata*, it must adhere to legal certainty, as otherwise it would undermine the public confidence in the observance and respect of the constitution and the law (...) The lack of clarity and determinacy of its scope of application carries the risk that a very large number of cases and controversies will arise about the correct application of the law. This in turns risks shifting the conflicts from the political to the judicial level. This result would not be coherent with the purpose of the amnesty as such”. (En conclusión, la Comisión recomienda acotar y definir el ámbito material y temporal de aplicación de la amnistía de un modo más preciso, para hacer los efectos de la ley más previsibles. Dado que la amnistía afecta al valor de *res iudicata*, debe observar la seguridad jurídica, ya que de otro modo erosionaría la confianza pública en la observancia y respeto de la Constitución y la Ley (...) La falta de claridad y determinación de su ámbito de aplicación conlleva el riesgo de que surjan un número muy elevado de casos y controversias sobre la correcta aplicación de la ley. Esto, a su vez, corre el riesgo de trasladar los

conflictos del nivel político al judicial. Este resultado no sería coherente con el propósito de la amnistía como tal) (parágrafo 96).

En resumen, la opinión de la Comisión de Venecia, sobre señalar que el ámbito material y temporal de aplicación de la amnistía es muy amplio e indeterminado, recomendando su acotación de un modo más preciso, llama particularmente la atención sobre la relevancia del principio de seguridad jurídica cuando la amnistía afecte al valor de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, pues la falta de claridad y determinación, esto es, la falta de seguridad jurídica, erosionaría en tales casos la confianza pública en la observancia y respeto de la Constitución y la Ley.

En el marco de la Constitución española, la indeterminación del ámbito material y temporal de la amnistía socavaría el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3) y la dimensión de la misma expresada en la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (artículo 118).

18. A la indeterminación del ámbito material y temporal de la proposición de ley, incompatible con el principio de seguridad jurídica, se añade, a raíz del texto aprobado por el Congreso de los Diputados resultante nuevo dictamen aprobado por la Comisión de Justicia de dicha Cámara el 7 de marzo de 2024, una posible concreta infracción del principio de legalidad en material penal (artículo 25.1 Constitución) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 Constitución), estrechamente vinculado al anterior, en relación con los delitos de malversación (que se mencionan singularmente entre los incluidos en el ámbito material de la amnistía, en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 1).

En efecto, los delitos de malversación se consideran incluidos en el ámbito de la amnistía si, además de estar vinculados, como los demás delitos que pueden beneficiarse de la amnistía, por el móvil ideológico que aglutina a todos ellos, no concurre “propósito de enriquecimiento” (del que se da un criterio interpretativo en el nuevo apartado 4 del artículo 1: “No se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial”).

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su Auto 20107/2023, con ocasión de la revisión de las condenas impuestas en la sentencia 459/2019, de 14 de octubre, a que obligaba la Ley Orgánica 14/2022, de 29 de diciembre (que entre otras regulaciones, derogó el delito de sedición y dio nueva redacción al delito de malversación de caudales públicos) explicó el alcance de la tipicidad de este último delito, aclarando, con cita de su jurisprudencia, que el propósito de enriquecimiento no es inherente a los delitos de apropiación, y en particular al delito de malversación, constituyendo su núcleo la “disminución ilícita de los caudales públicos”, con la consecuencia de que “los actos de manifiesta deslealtad en la administración de los fondos públicos seguirán teniendo cabida en el artículo 432 del Código Penal” (fundamento 4.4.4).

Resultaría de lo expuesto que la inclusión en el ámbito de la amnistía del delito de malversación, si no ha concurrido propósito de enriquecimiento, podría contradecir el objetivo proclamado por la exposición de motivos de “identificación abstracta”, en la medida que trasluciera un criterio interpretativo ajeno al marco conceptual y jurisprudencial que vertebra la interpretación y aplicación de la ley penal, que podría vulnerar el principio de legalidad en materia penal, en la vertiente de ejecución de dicha legalidad que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley, y de seguridad jurídica, en la vertiente de confianza de los destinatarios de la misma en el sistema jurídico derivado de aquél, lo que, además, podría resultar indiciario de albergar supuestos particulares.

19. La desvinculación de la base objetiva de los tipos delictivos, por la exclusiva conexión de la amnistía a un móvil específico (y, por así decirlo, doblemente específico, pues lo es por su naturaleza ideológica y por el contenido de la ideología a que se refiere, a saber, aquella que busca la independencia de Cataluña) tiene una trascendencia ulterior, en la medida que resulta cuestionable desde el prisma del principio de igualdad, que goza de la preeminencia que deriva de ser uno de los valores que “fundamentan” la Unión Europea (artículo 2 del Tratado de la Unión Europea -TUE- y su correlato como derecho fundamental en los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y uno de los “valores superiores” del ordenamiento jurídico español (artículo 1.1 de la Constitución y su traducción como derecho fundamental en el artículo 14).

La precitada opinión de la Comisión de Venecia que examina esta proposición de ley orgánica [CDL-AD(2024)003] señala el riesgo de que, por la indeterminación de su ámbito material y temporal, “amnesty could also cover many citizens who have committed ordinary crimes that have little or nothing to do with the social tensions that led to the amnesty law; this would make the justification for the special benefits questionable and would infringe the principle of equality in respect of those who have committed the same ordinary crimes for other reasons or during different periods, and do not benefit from the decriminalisation brought about by the amnesty (...) The Commission therefore reiterates its recommendation to narrow down and define in a more precise manner the scope of application of the amnesty” (la amnistía podría cubrir también a muchos ciudadanos que han cometido delitos comunes que poco o nada tienen que ver con las tensiones sociales que dieron lugar a la ley de amnistía; esto haría cuestionable la justificación de los beneficios especiales y vulneraría el principio de igualdad respecto a quienes han cometido los mismos delitos comunes por otros motivos o durante periodos distintos, y no se benefician de las medidas de despenalización que supone la amnistía (...)) Por lo tanto, la Comisión reitera su recomendación de limitar y definir de manera más precisa el ámbito de aplicación de la amnistía) (parágrafo 97).

La citada advertencia apunta a una vieja distinción de la dogmática penal entre delitos comunes y delitos políticos, que, en la evolución que ha experimentado no se hace residir ya en las antiguas tesis subjetivas (que atendían a la naturaleza del móvil) sino en tesis objetivas (conforme a las cuales delito político es aquel que lesiona o pone en peligro un bien jurídico de naturaleza

política, esto es, un bien jurídico representado por el interés de la comunidad en el mantenimiento de la organización constitucional del Estado).

Ciertamente los términos en que se delimita el ámbito material y temporal de la amnistía, configurándola como una amnistía tendencialmente general, sin otras exclusiones que las recogidas en el artículo 2 de la proposición de ley orgánica, desbordan el perímetro formado por las figuras delictivas que podrían referirse al concepto de delitos políticos con el riesgo que señala la Comisión de Venecia, pero más allá de esta consideración, los referidos términos podrían suponer una discriminación sin una justificación objetiva, que se basara en la naturaleza del bien protegido por el tipo penal, sino basada únicamente en la ideología, de modo que el beneficio de la amnistía, en cuanto a los tipos penales afectados, solo alcanzaría a quienes militen en aquella ideología, dejando fuera del beneficio a quienes profesen ideologías diferentes o simplemente no profesen o no hayan manifestado profesar ninguna ideología.

En el sentido que es propio del Estado de Derecho de nuestros días el principio de igualdad no prohíbe el trato normativo diferenciado, pero sí exige que el mismo esté “objetivamente justificado” (criterio invariable en la jurisprudencia del TJUE, entre otras, en sentencia de 21 de julio de 2011, C-21/10 -parágrafo 47-, y reiterado asimismo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que traduce la necesaria justificación objetiva en la exigencia de que las diferenciaciones normativas no se basen en alguno de los criterios de diferenciación expresamente vedados por el artículo 14 de la Constitución española y que “respondan a un fin constitucionalmente válido”, además de, en un plano más concreto, que exista coherencia o adecuación y proporcionalidad con dicho fin -STC 361/1993, de 3 de diciembre, FJ 2, entre otras-)

A este respecto, si el móvil ideológico pudo servir para fundamentar la amnistía general articulada en el tránsito de la dictadura franquista a la democracia, y precisamente fue esa legislación la examinada, según se ha visto, por el Tribunal Constitucional, que pudo considerarla basada en una “idea de justicia” en cuanto trataba de eliminar las consecuencias de un orden político-jurídico injusto en el paso de dicho orden al propio del Estado democrático de Derecho consagrado en la Constitución, resultaría contradictorio con el valor superior de la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de “opinión” (artículo 2 TUE, artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y artículos 1.1 y 14 de la Constitución), la vertebración de una amnistía en el nuevo orden así establecido que, además, no exige la adhesión ideológica al mismo, sobre la base exclusiva de un específico móvil ideológico.

20. Además, el ámbito material de la amnistía resulta cuestionable desde el ángulo del principio de igualdad que exige un fin constitucionalmente válido para el trato normativo diferenciado, en conexión con uno de los principios básicos que orientan la interpretación de la Constitución, según la mejor doctrina, como es el criterio denominado de “la eficacia integradora”, ya que éste, a partir del supuesto de que la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política (expresada en la unidad de la soberanía del pueblo español y en la unidad de la nación española así como en la integridad de la base territorial en que ambas

se sustentan -artículo 1.apartado 1, y artículo 2 de la Constitución-), exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad.

Este criterio subyace consistentemente en la serie de pronunciamientos (sentencias y autos) del Tribunal Constitucional en relación a los acontecimientos sucedidos en torno a las consultas realizadas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, en particular en las sentencias 42/2014, de 25 de marzo, 31/2015, de 25 de febrero y 259/2015, de 2 de diciembre, así como en la sentencia 114/2017, de 17 de octubre, el Auto 144/2017, de 8 de noviembre, la sentencia 124/2017, de 8 de noviembre, y las sentencias 89/2019 y 90/2019, de 2 de julio.

En esta perspectiva interpretativa, no exigiendo la Constitución la adhesión ideológica a sus principios, contradiría la unidad política que la Constitución fundamenta y desenvuelve, una medida de gracia articulada sobre el exclusivo móvil de los ilícitos que comprende si tal móvil persiguiera la desmembración de la unidad política, lo que, basándose la unidad política en el igual estatuto de nacionalidad y ciudadanía de sus miembros y en la integridad de su base territorial, lesionaría, además de ésta, el valor superior de la igualdad.

21. Desde un tercer punto de vista, la amnistía proyectada podría lesionar el principio de igualdad, y es el relativo a su delimitación temporal, por la ausencia de justificación, en la exposición de motivos, de las fechas inicial y final del período considerado, pues si bien tal justificación puede deducirse en relación con la fecha final (13 de noviembre de 2023), ya que coincide con el dato objetivo de ser la fecha de presentación de la proposición de ley, se desconoce la justificación de la fecha inicial y del cambio en dicha fecha operado en el curso de la tramitación de aquélla en el Congreso de los Diputados, al pasar de estar fijada en el 1 de enero de 2012 a adelantarse dos meses, fijándose en el 1 de noviembre de 2011. Y esta ausencia de justificación, que toda amnistía requiere, por su excepcionalidad, en la acotación del período al que se vincula, unida a la amplitud del mismo (cerca de doce años en total y, en relación con las consultas que se invocan como referencia, cerca de tres años por delante de la primera y más de seis años después de la segunda) y a la difuminación de aquellas fechas por efecto de la apertura operada por el apartado 3 del artículo 1, convierten el ámbito temporal de la amnistía en un período abierto, inconcluso, frente a la idea generalmente admitida en los ordenamientos que la reconocen, de que la amnistía encuentra idealmente su justificación en relación a hechos delictivos comprendidos en un período determinado que se considera concluido e irrepetible. Por decirlo en palabras de la Corte Constitucional italiana (país cuya Constitución, como se ha visto, reconoce el indulto general y la amnistía -artículo 79-, para cuya aprobación se exige, desde 1992, una mayoría de dos tercios de cada Cámara), la amnistía resulta justificada “solo en el caso de sobreveniencia de circunstancias tales de considerar los delitos precedentemente cometidos, en cuanto ligados a un momento histórico superado, no ya ofensivos de la conciencia social” -sentencia núm. 175/1971, de 5 de julio de 1971, *considerato in diritto* 2-.

En consecuencia, la ausencia de justificación en relación con el ámbito temporal de aplicación de la amnistía vulneraría (además del principio de seguridad jurídica, como ha manifestado la Comisión de Venecia en el informe antes citado) también el principio de igualdad, pues no existiría base objetiva para entender justificada la inclusión o exclusión de los hechos que materialmente podrían beneficiarse de la amnistía en función del período temporal así delimitado y, a la postre, inconcluso.

Desde distintos ángulos, pues, el valor superior de la igualdad (proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución y en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea) y su concreción como derecho fundamental (artículo 14 de la Constitución y artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) se verían menoscabados por la delimitación, material y temporal, de la amnistía hecha por la proposición de ley.

22. La infracción del principio de igualdad, desde la perspectiva de los ciudadanos, entraña, desde la perspectiva de los poderes públicos, la lesión del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los mismos -artículo 9.3 de la Constitución-, al que está sujeto también el Poder Legislativo. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, aunque destacando el diferente alcance que tiene dicho principio según se aplique a la Administración Pública o al propio Legislador, pues si aquella está sujeta a la Ley, éste solo lo está a la Constitución y goza de una característica libertad de configuración normativa, que permite distintas opciones políticas (Cf. STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8). Con esta cautela, la tutela de la interdicción de la arbitrariedad del Legislador supone, en palabras del Tribunal Constitucional, “verificar si (un) precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias” (STC 50/2015, de 15 de marzo, FJ 6, con cita de las SS 20/2013, de 31 de enero, FJ 8 y 196/2011, de 13 de diciembre, FJ 13).

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proscribire pues la discriminación, esto es, la desigualdad sin base objetiva y, más ampliamente, la ausencia de fundamento racional objetivo de la acción del poder público. En este sentido la exigencia de fundamento objetivo de todo acto del poder público, también del Legislador, apunta a la finalidad del acto, de modo que la concurrencia en éste de un fin alejado del interés general exigido por el ordenamiento jurídico viciaría de arbitrariedad el acto. El principio de interdicción de la arbitrariedad está así emparentado con la doctrina de la desviación de poder, construida en el ámbito del Derecho administrativo, y sería trasladable, para acreditar la arbitrariedad, la aceptación de la prueba indiciaria, admitida por la jurisprudencia en el último ámbito.

En este punto, aunque la naturaleza de este informe impide una indagación completa, que solo correspondería a los tribunales y, como intérprete supremo de la Constitución, al Tribunal Constitucional, no puede desconocerse la relevancia del dato de que la proposición de ley analizada haya sido presentada solo por un

grupo parlamentario (en contraste con la Ley de Amnistía de 1977, único precedente en el tiempo comparable, que fue suscrita por todas las fuerzas del arco parlamentario menos una, lo que determinó que su aprobación fuera casi unánime), en concreto por el grupo sustentado en la formación política a la que pertenece el titular de la Presidencia del Gobierno, y siendo un hecho público y notorio que la iniciativa se presentó pocos días antes (13 de noviembre de 2023) del debate de investidura que determinó la elección de aquél (16 de noviembre de 2023) y pocos días después de la firma de sendos acuerdos políticos y públicos firmados (2 y 9 de noviembre de 2023) por la mencionada formación y dos fuerzas políticas catalanas, algunos de cuyos líderes fueron condenados por sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, o se encuentran encausados, en los que la investidura de aquel se vinculaba, entre otros compromisos recíprocos, al de aprobación de una ley de amnistía que debía incluir (según se decía en uno de tales acuerdos) “tanto a los responsables como a los ciudadanos que, antes y después de la consulta de 2014 y del referéndum de 2017, han sido objeto de decisiones o procesos judiciales vinculados a estos eventos”.

Solo los tribunales, y a la cabeza de ellos el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, podrían indagar si el contexto público que acompaña la presentación de la iniciativa examinada sitúa la misma, dentro de la tipología de amnistías, por razón de su finalidad, bosquejada por un célebre constitucionalista italiano, entre aquellas denominadas “pacificadoras”, esto es, en palabras de aquél, “aquellas concedidas para remover las consecuencias sobre el plano de la convivencia civil de un período en adelante concluso de luchas y tensiones político-sociales” (tipo al que la exposición de motivos pretendería adscribirse, al señalar que con tal iniciativa “lo que el legislador pretende es excepcionar la aplicación de normas vigentes a unos hechos acontecidos en el contexto del proceso independentista catalán en aras del interés general, consistente en garantizar la convivencia dentro del Estado de derecho, y generar un contexto social, político e institucional que fomente la estabilidad económica y el progreso cultural y social tanto de Cataluña como del conjunto de España, sirviendo al mismo tiempo de base para la superación de un conflicto político”) o, en cambio, en el tipo, vedado por los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de las denominadas “partidistas”, esto es, en palabras de aquel mismo tratadista, «aquellas concedidas a una parte política en cuanto tal o a sujetos particulares en cuanto tales, aunque pueda serlo en concomitancia con circunstancias excepcionales, y a través de disposiciones dotadas de “pseudogeneralidad”».

La interrogación en este punto comprende, además del contexto público de presentación de la proposición de ley, la cuestión de si la concreción de hechos incluidos, contenida en las letras a), b) y c) del apartado 1 de artículo 1, pudiera interpretarse, teniendo en cuenta los procesos penales actualmente en curso, como indiciaria de la pretensión de que el beneficio de la amnistía alcance “en todo caso” a sujetos particulares, según la caracterización antedicha del tipo de clemencia partidista, así como la cuestión de si la introducción (en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados resultante del nuevo dictamen de la

Comisión de Justicia de dicha Cámara aprobado el 7 de marzo de 2024) del criterio interpretativo que asocia a los delitos de malversación que pueden beneficiarse de la amnistía, la condición de no existir “propósito de enriquecimiento” pudiera interpretarse, además de contraria al principio de legalidad en materia penal, también indiciaria de ser concedida para sujetos particulares, según el tipo de clemencia partidista señalado, prohibido por los principios de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

### III.C) Exclusiones del ámbito de la amnistía. Letras a), d) y g) del artículo 2

23. La medida del alcance de la amnistía general de que se habla en los apartados anteriores la proporciona el catálogo de “exclusiones” recogido en el artículo 2 de la proposición de ley.

De acuerdo con dicho artículo (en la redacción dada en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados procedente del nuevo dictamen de la Comisión de Justicia de dicha Cámara, aprobado el 7 de marzo de 2024) quedan excluidos de la aplicación de la amnistía los siguientes actos:

“a) Los actos dolosos contra las personas que hubieran producido un resultado de muerte, aborto o lesiones al feto, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro, la pérdida o inutilidad de un sentido, la impotencia, la esterilidad o una grave deformidad.

b) Los actos tipificados como delitos de torturas o de tratos inhumanos o degradantes con arreglo al artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a excepción de aquellos tratos que no superen un umbral mínimo de gravedad por no resultar idóneos para humillar o degradar a una persona o mostrar una disminución de su dignidad humana, o para provocar miedo, angustia o inferioridad de una forma capaz de quebrar su resistencia moral y física.

c) Los actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo, según la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y, a su vez, hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos, en particular las reguladas en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario.

d) Los actos tipificados como delitos en cuya ejecución hubieran sido apreciadas motivaciones racistas, antisemitas, antigitanas u otra clase de discriminación referente a la religión y creencias de la víctima, su etnia o raza, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurrieran de forma efectiva en la persona sobre la que recayó la conducta.

e) Los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea.

f) Los actos tipificados como delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional del Título XXIII del Libro II del Código Penal, siempre que se haya producido tanto una amenaza efectiva y real como un uso efectivo de la fuerza en contra de la integridad territorial o la independencia política de España en los términos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas o en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

g) Los actos tipificados como delitos contra la Comunidad Internacional comprendidos en el Título XXIV del Libro II del Código Penal.”

La lectura del catálogo anterior permite apreciar una diferencia entre, por un lado, las categorías de actos descritos en las letras a), d) y g) y, por otro lado, las categorías de actos recogidas en las letras b), c), e) y f).

En las primeras [letras a), d) y g)], los términos empleados para referirse a los actos descritos en las mismas resultan en principio claros y precisos, en cuanto que guardan correspondencia con los empleados por el Código Penal.

Tal correspondencia puede comprobarse, respecto a la primera categoría de actos excluidos de la amnistía [letra a)], con la lectura de los artículos 138.1, 144 (y 145 y 145 bis), 147.1 y 157 del Código Penal que recogen, respectivamente, los tipos básicos de homicidio, aborto, lesiones y lesiones al feto, que presuponen el dolo requerido para que las acciones cometidas subsumibles en aquellos tipos entren en la exclusión de la primera letra del artículo 2 de la proposición de ley. Adviértase, no obstante, que las modalidades comisivas por imprudencia de aquellas figuras resultan incluidas en la amnistía, pues la exclusión delimitada en aquella letra se refiere solo a “los actos dolosos”, e igualmente, que tal exclusión comprende solo las conductas que comporten el resultado descrito, por lo que los delitos dolosos en grado de tentativa estarán amparados por la amnistía.

Igual claridad y precisión en los términos empleados se aprecia en la referencia de la letra g), que directamente remite a los delitos comprendidos en el Título XXIV del Libro II del Código Penal.

La descripción de las conductas recogidas en la letra d) guarda también correspondencia con los términos empleados por el Código Penal. No solo estarían excluidos del ámbito de la amnistía los delitos a los que fuera inherente la circunstancia indicada en aquella letra (“motivaciones racistas antisemitas, antigitanas u otra clase de discriminación referente a la religión y creencias de la víctima, su etnia o raza, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que

padezca o su discapacidad”), señaladamente los tipos recogidos en los artículos 314, 510, 511, 512 o 515 del Código Penal, sino cualesquiera otros en los que concurra aquella circunstancia, considerada por el Código Penal como una agravante (artículo 22, 4ª). Llama la atención, empero, que en la redacción recogida en la letra d) del artículo 2 de la proposición de ley, que reproduce con práctica literalidad la de aquella agravante (“4.ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta” -artículo 22 del Código Penal-), se ha omitido entre los motivos discriminatorios los específicos referentes a la “ideología” o a la “nación” de la víctima. Ello podría significar que estarían incluidos en la amnistía los delitos en los que el motivo discriminatorio concurrente fuera la “ideología” de la víctima o su “nación”, lo que derechamente constituiría una discriminación vedada por el artículo 14 de la Constitución que, a la vez, conculcaría el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución).

#### III.D) Exclusiones del ámbito de la amnistía. Letras b), c), e) y f) del artículo 2

24. Diferente es la técnica empleada en las letras b), c), e) y f) del artículo 2 para acotar las acciones excluidas de la amnistía, dada la utilización de términos no fácilmente contrastables con los empleados en el Código Penal, por la remisión hecha a normas o criterios extralegales de diferente naturaleza (entendiendo por ley, la ley penal española).

Así sucede con la exclusión recogida en la letra b): “los actos tipificados como delitos de torturas o de tratos inhumanos o degradantes con arreglo al artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Debe precisarse que la Constitución española prohíbe en términos rotundos e idénticos a los del referido Convenio, la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 de la Constitución: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”; artículo 3 del Convenio: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”). Asimismo, que tanto el citado Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y enmendado por los Protocolos adicionales 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, han sido ratificados por España y forman parte de su ordenamiento jurídico (el primero, mediante instrumento de ratificación de 26 de septiembre 1979 -Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979-, y la segunda mediante instrumento de ratificación de 19 de octubre de 1987 -Boletín Oficial del Estado de 9 de noviembre de 1987-).

Los “actos tipificados” a que alude la letra b) del artículo 2 de la proposición de ley orgánica no pueden ser otros que los descritos en el Título VII del Libro II del Código Penal (bajo la rúbrica “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”), que comprende, en primer lugar, los atentados genéricos contra la integridad moral cometidos por particular recogidos en el artículo 173, y, en segundo lugar, el delito de tortura, cometido por funcionario público o autoridad, en las modalidades recogidas en los artículos 174-176. Así como en la conducta típica del “trato degradante” recogido en el primer artículo, el Código Penal exige un menoscabo “grave” de la integridad moral (párrafo primero del artículo 173.1), en el delito de torturas, uno de cuyos elementos definitorios, plenamente acordes con el concepto de los tratados internacionales, reside en la cualidad de “autoridad o funcionario público” del sujeto activo, la mayor o menor gravedad determina la medición de la pena (artículos 174 y 175 del Código Penal).

Teniendo en cuenta la plena correspondencia de la regulación del Código Penal con la de los Tratados internacionales (confróntense los artículos 174 y 175 de dicho Código con los artículos 1 y 16 de la Convención contra la tortura), no se entiende bien la excepción añadida en la redacción del texto aprobado por el Congreso de los Diputados procedente del nuevo dictamen de la Comisión de Justicia de dicha Cámara aprobado el 7 de marzo de 2024, a continuación de la exclusión de aquellos actos (se exceptúan de la exclusión, y por tanto, quedan comprendidos en el ámbito material de la amnistía, “aquellos tratos que no superen un umbral mínimo de gravedad por no resultar idóneos para humillar o degradar a una persona o mostrar una disminución de su dignidad humana, o para provocar miedo, angustia o inferioridad de una forma capaz de quebrar su resistencia moral y física”).

Tal excepción está configurada en torno al concepto de “umbral mínimo de gravedad”, definido en los términos consignados y que la exposición de motivos justifica (en la redacción dada por el nuevo dictamen citado) en el concepto de “trato degradante” manejado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ciertamente, la noción de “umbral mínimo de gravedad” forma parte de dicha jurisprudencia en relación con la prohibición de la tortura y los tratos degradantes contenida en el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En la importante sentencia de 28 de septiembre de 2015 (caso Bouyid v. Belgium) el TEDH resume su doctrina anterior en este punto, en términos con los que los empleados en la redacción de la excepción examinada guardan clara similitud. Ahora bien, no solo el concepto de “umbral mínimo de gravedad” tiene carácter relativo, en cuanto que su evaluación “depende de todas las circunstancias del caso” [“tales como la duración del trato, sus efectos físicos y mentales (...) el sexo, la edad y estado de salud de la víctima (...) la razón por la que el maltrato fue infligido, junto con la intención o motivación (...) el contexto (...) tal como la atmósfera o alta tensión y emociones” -parágrafo 86-], sino que en la referida sentencia el Tribunal subrayó el fuerte vínculo existente entre el concepto de trato o castigo “degradante” prohibido por el artículo 3 del Convenio y el respeto a la “dignidad” de la persona, extrayendo la consecuencia de que en los casos (como el enjuiciado en dicha sentencia) de que una persona se encuentre “privada de su

libertad o, más ampliamente, enfrentada con funcionarios policiales, cualquier recurso a la fuerza física que no haya sido estrictamente necesario por su propia conducta menoscaba la dignidad humana y es, en principio, una infracción del derecho establecido en el artículo 3º (parágrafo 88).

Desde esta perspectiva, el principio de interpretación conforme con la Constitución, que rige la interpretación de toda norma jurídica, incluida la ley penal, reforzado en materia de derechos humanos, por el valor de “la dignidad de la persona” (consagrado por el artículo 10.1 Constitución) y el mandato de interpretación de la normas de la Constitución en dicha materia de conformidad con los textos internacionales sobre la misma ratificados por España ( artículo 10.2 Constitución), entre los que se encuentra el Convenio y la Convención citados, garantizan una interpretación de la categoría de actos contenida en la letra a) del artículo 2 de la proposición de ley plenamente acorde con los valores constitucionales, los tratados en estas materias que forman parte del ordenamiento jurídico español y la jurisprudencia de los tribunales internacionales que aplican los mismos.

Por todo lo anterior, los términos en que se formula la excepción de la exclusión serían innecesarios o podrían contradecir, como señala el informe de la Secretaría General del Senado sobre esta proposición del ley, el propósito declarado en la exposición de motivos (en su redactado conforme al nuevo dictamen citado) de “identificación abstracta de determinadas exclusiones”, que “en ningún caso implica una valoración acerca de la existencia de hechos susceptibles de ser incardinados en cada una de dichas exclusiones” (párrafos cuarto y quinto de la parte VI de la exposición de motivos), en la medida que tales términos pudieran vulnerar el principio de legalidad en materia penal, en la vertiente de ejecución de dicha legalidad que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley (artículo 117.3 de la Constitución), y resultar indiciarios de albergar supuestos particulares, lo que conculcaría el principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) y el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución).

25. Particular referencia ha de hacerse a la técnica empleada en la letra c) del artículo 2 para acotar la exclusión de la amnistía que afecta a los delitos de terrorismo.

El decurso de la proposición de ley en su tramitación en el Congreso de los Diputados ha deparado tres versiones sucesivas de la exclusión, del ámbito material de la amnistía, de esta figura delictiva, que se consignan a continuación:

– Redacción inicial de la proposición de ley:

“c) Los actos tipificados como delitos de terrorismo castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, siempre y cuando haya recaído sentencia firme y hayan consistido en la comisión de alguna de las conductas descritas en el artículo 3 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017.”

- Redacción incorporada, a resultas de una enmienda transaccional, al primer dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, aprobado el 23 de enero de 2024:

“d) Los actos tipificados como delitos de terrorismo castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal que hayan consistido en la comisión de alguna de las conductas comprendidas en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, siempre y cuando, de forma manifiesta y con intención directa, hayan causado violaciones graves de derechos humanos, en particular, las previstas en el artículo 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario.”

- Redacción incorporada, a resultas de una enmienda transaccional, al nuevo dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, aprobado el 7 de marzo de 2024:

“c) Los actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo, según la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y, a su vez, hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos, en particular las reguladas en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario.”

Ya en las redacciones primera y segunda, la doble remisión, al Código Penal español y a la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, para entender por delitos de terrorismo, a efectos de su exclusión, los que, tipificados en el capítulo VII del título XXII del Libro II del primero, pudieran incardinarse en el perímetro normativo trazado, bien por el artículo 3 de aquella Directiva (en la primera redacción), bien en la entera Directiva como tal (en la segunda redacción), resultaba equívoca, dada la naturaleza de las directivas como tipo de acto normativo propio del Derecho de la Unión Europea.

En efecto, la Directiva se caracteriza por tener como destinatarios a los Estados miembros como tales, a los que obliga “en cuanto al resultado que deba conseguirse”, dejando, sin embargo, a los mismos, “la elección de la forma y de los medios” (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE-). A diferencia del Reglamento, que impone una auténtica regulación comunitaria, de alcance general y eficacia directa, con la consecuencia de desplazar, en su ámbito competencial, a la legislación nacional, la Directiva tiene como destinatario a los Estados, a los que obliga en cuanto al resultado, posibilitando la “armonización” de las legislaciones nacionales en un determinado ámbito, sin sustituir al poder legislativo nacional. Por definición, la eficacia jurídica de la directiva se hace depender de su “transposición” por una norma nacional. Solo excepcionalmente ha admitido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea un efecto directo de las directivas, en el supuesto de que no se

hayan incorporado al Derecho nacional en el plazo establecido, y si se cumplen determinados requisitos. Efecto directo que en todo caso se predica solo de los derechos de los particulares frente al Estado y que, por ello, es ajeno al poder punitivo del Estado, solo ejercitable con arreglo a las particulares exigencias del principio de legalidad en materia penal.

En el caso de los delitos de terrorismo, su regulación en el Código penal español es tributaria de sendas reformas del mismo, llevadas a cabo por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de delitos de terrorismo (inspirada, de un lado, en la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, y de otro, en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008) y por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional (a través de la cual “se incorpora al Derecho español”, entre otras, la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo -disposición final primera-).

La Directiva 2017/541/UE ha sido, pues, plenamente incorporada al Código penal español, y la aplicación directa de éste por los jueces para instruir y juzgar las causas por los delitos en él tipificados es incontrovertible. Del mismo modo, una ley de amnistía, que determina la extinción de la responsabilidad criminal respecto de los hechos delictivos comprendidos en su ámbito, no puede tener otra referencia que la ley penal nacional, si ha de ser coherente con el sistema constitucional de fuentes del ordenamiento en el que aquélla se integrará, del que forman parte las fuentes del Derecho de la Unión europea con las características que le son propias según los Tratados de la misma.

En consecuencia, la doble remisión que se hacía, en las dos primeras redacciones de la categoría de hechos excluidos de la amnistía constituida por los delitos de terrorismo, al Código penal y a la Directiva 2017/541/UE no podía tener otro sentido que el derivado del valor interpretativo que las directivas tienen para las autoridades nacionales en la aplicación del Derecho nacional, en este caso, de la regulación contenida en el Código Penal.

En el mismo sentido, la omisión de toda referencia a éste en la última redacción de aquella categoría, al acotarla por su exclusiva referencia a la citada Directiva (“Los actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo, según la Directiva (UE) 2017/541”), solo podría tener dos interpretaciones. O bien se interpreta literalmente, en cuyo caso tal criterio, en cuanto alteraría el sistema constitucional de fuentes del ordenamiento, vulneraría el principio de legalidad en materia penal y el de seguridad jurídica amparado por el mismo. O se interpreta en el sentido de sobrentender la insoslayable aplicación del Código Penal, sin desconocer el valor interpretativo de la Directiva mencionada.

Dicho lo cual, el núcleo de la definición de los delitos de terrorismo en la Decisión Marco 2002/475/JAI permanece invariable en la Directiva 2017/541/UE (que sustituyó a aquélla), en cuanto que se comprenden en la misma determinadas figuras delictivas (apartado 1 del artículo 3 de la Directiva) cuando los actos se lleven a cabo con alguna de las siguientes finalidades (apartado 2 del artículo 3 de la Directiva):

- “a) intimidar gravemente a una población;
- b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo;
- c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional”.

La transposición al Derecho español de esta definición es palmaria, al aglutinar, desde la reforma de 2015, los delitos de terrorismo en torno a las siguientes finalidades (apartado 1 del artículo 573 del Código Penal):

- “1.<sup>a</sup> Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.
- 2.<sup>a</sup> Alterar gravemente la paz pública.
- 3.<sup>a</sup> Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.
- 4.<sup>a</sup> Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.”

Acaso, la finalidad de “alterar gravemente la paz pública” sea la única recogida por el Código Penal que no resulta *prima facie* reconocible en la definición mínima de delitos de terrorismo de la Directiva, pero al margen de la dificultad de separar el significado de cada una de las finalidades asociadas a tales delitos del deducible del conjunto de todas ellas, no podría prescindirse de la definición finalmente incorporada al Código Penal sin alterar, como se ha señalado, el sistema constitucional de fuentes del ordenamiento jurídico español ni vulnerar, si ello sucediera, el principio de legalidad en materia penal y el de seguridad jurídica amparado por el mismo.

No carece, sin embargo, la Directiva citada, cuya transposición al Derecho español se realizó, como se ha señalado, por Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, de valor interpretativo, y desde tal perspectiva es relevante su consideración de que “los actos terroristas constituyen una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en los que se basa la Unión (...) También representan uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros y en los que se fundamenta la Unión” (considerando 2). Desde tal perspectiva, la Directiva busca establecer un marco jurídico común a todos los Estados miembros, basado por un lado, en la necesaria

tipificación, en los términos armonizados de la Directiva, de los “delitos de terrorismo” propiamente tales -artículo 3- (en la que, como se ha visto, el elemento aglutinador que cualifica a determinados delitos como delitos de terrorismo es su realización para determinados fines), así como de los “delitos relacionados con un grupo terrorista” -artículo 4- y de los “delitos relacionados con actividades terroristas” -artículos 5 a 12-, y, por otro, en la obligación de los Estados miembros de que todos los anteriores delitos “sean castigados con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias” -artículo 15.1-, sin que se prevea ninguna causa que excepcione tal obligación.

Debe repararse a este respecto que la Directiva precisa que los llamados “delitos relacionados con un grupo terrorista” del artículo 4 y los “delitos relacionados con actividades terroristas” de los artículos 5 a 12 serán punibles sin que sea necesario que se cometa efectivamente un propio delito de terrorismo, y, respecto de los de la segunda clase (artículos 5 a 12, menos los del artículo 11) que lo serán sin que sea necesario que guarden relación con otro delito específico de la Directiva (artículo 13). También debe tenerse en cuenta que los fines que cualifican los delitos de terrorismo no son ajenos a los “delitos relacionados con un grupo terrorista” del artículo 4 (constituídos por: “a) dirección de un grupo terrorista; b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluida la consistente en el suministro de información o medios materiales, o en cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista”), dada la definición de “grupo terrorista” contenida en el artículo 2 de la citada Directiva (“«grupo terrorista»: toda organización estructurada de más de dos personas establecida por cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo; entendiéndose por «organización estructurada»: una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada”). Igualmente que la Directiva establece la punibilidad de la complicidad, inducción y tentativa en los términos del artículo 14.

El valor interpretativo de la citada Directiva, que supone la obligada interpretación conforme a la misma del Derecho nacional, arroja luz sobre el criterio incluido en la descripción de la categoría de delitos de terrorismo, a efectos de su exclusión del ámbito de la amnistía.

En la primera redacción tal criterio era procesal, de suerte que los delitos de terrorismo se consideraban excluidos del ámbito de la amnistía solo cuando hubiera recaído sentencia firme, operando una distinción que el informe de los letrados de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados distribuido con ocasión de la convocatoria de la Ponencia que había de informar la proposición de ley juzgó que podía ser contraria a la Directiva mencionada.

La segunda redacción sustituyó el criterio procesal señalado por un criterio sustantivo, exigiendo, para considerar excluidos los delitos de terrorismo, la circunstancia de haber causado, “de forma manifiesta y con intención directa”,

“violaciones graves de derechos humanos”. La última versión incluye, de modo similar a la anterior, el mismo criterio en los términos *supra* consignados, a saber: que los actos de terrorismo, previamente acotados en los términos señalados, “hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos, en particular las reguladas en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario.”

Sin embargo este criterio de distinción, en relación con los delitos de terrorismo, para determinar la exclusión o inclusión de los mismos en el ámbito de la amnistía, es por completo extraño a la definición armonizada (e incorporada al Código penal) de esta figura delictiva contenida en la Directiva citada, que no prevé, como se ha dicho, ninguna causa que excepcione la obligación de los Estados miembros de que los delitos comprendidos en aquella definición “sean castigados con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias” (artículo 15.1), en línea con la valoración político-criminal de tales delitos para la Unión, expresada en los considerandos de dicha Directiva. El citado informe de la Comisión de Venecia (CDL-AD(2024)003) señala que “The European Commission has underlined that the current wording of Article 2.c means that not all of the terrorist offences criminalised by Directive UE 2017/541 on combating terrorism are excluded from the scope of the amnesty bill” (“la Comisión Europea ha subrayado que la redacción actual del artículo 2.c significa que no todos los delitos de terrorismo tipificados por la Directiva EU 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo están excluidos del ámbito de la proposición de ley de amnistía” (parágrafo 99, nota a pie de página núm. 52).

En consecuencia, este criterio podría infringir la Directiva 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo, y además contradecir el propósito de la exposición de motivos de “identificación abstracta” de las exclusiones, en la medida que trasluciera un criterio interpretativo ajeno al marco conceptual que inspira la Directiva citada y su transposición al Código penal, que pudiera vulnerar el principio de legalidad en materia penal, en la vertiente de ejecución de dicha legalidad que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley (artículo 117.3 de la Constitución), y resultar indiciario de albergar supuestos particulares, lo que conculcaría el principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) y el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución).

26. Otra categoría de actos excluidos del ámbito material de la amnistía es la constituida por los “actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea” (letra e) del artículo 2).

En principio, nada cabría objetar en relación con la exclusión de esta categoría de delitos, dada la primacía del Derecho Europeo, del que forma parte un grupo normativo en el que destaca la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (Directiva PIF), plenamente incorporada al Derecho español a través de la precitada Ley Orgánica 1/2019 (disposición final primera). En relación con los mandatos de esta

Directiva, cuyo objetivo es armonizar “la definición de las infracciones penales y de las sanciones relativas a la lucha contra el fraude y otras actividades ilegales que afectan a los intereses financieros de la Unión” (artículo 1), hay que situar tanto los tipos penales de fraude fiscal al presupuesto de la Unión (que remite fundamentalmente al fraude que pueda cometerse en relación con el IVA, pues uno de los recursos propios de presupuesto de la Unión es, como es sabido, un porcentaje del IVA recaudado por los Estados miembros) recogidos en el apartado 3 del artículo 305 y en el artículo 306 del Código penal, como los de fraude relativo al gasto del presupuesto de la Unión (obtención indebida o uso indebido de fondos comunitarios) recogidos en este último artículo y en el artículo 308 del mismo Código, todos los cuales quedan excluidos del ámbito de la amnistía.

Resulta, sin embargo, problemático el contraste entre la exclusión de esta categoría de delitos y, en cambio, la inclusión, en el ámbito material de la amnistía, de los “delitos de malversación”, lo que se efectúa por la mención particular que, en la concreción ejemplificativa hecha en el párrafo segundo de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 1, se hace de los delitos de malversación “dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas” en el párrafo primero de cada una de aquellas letras. En la versión del texto aprobado por el Congreso de los Diputados resultante del nuevo dictamen de la Comisión de Justicia de dicha Cámara aprobado el 7 de marzo de 2024 se precisa que tales delitos se beneficiarán de la amnistía “únicamente” cuando estuvieran vinculados a aquel objetivo y se añade el requisito de que “no haya existido propósito de enriquecimiento” (del que se da un criterio interpretativo en el nuevo apartado 4 del artículo 1: “No se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a y b cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial”).

El referido contraste parece dar a entender una idea del delito de malversación como ajeno a los intereses financieros de la Unión Europea o al menos la posibilidad de distinguir entre una malversación contra los intereses financieros de la Unión Europea y una malversación que no los afectara. Este entendimiento podría, a la postre, comprometer, como advertía el informe de los letrados de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, la armonización y la efectividad de las normas reguladoras de los delitos de esta índole, perseguidas por el Derecho de la Unión Europea.

Téngase en cuenta a este respecto el amplio concepto manejado por éste de la “protección de los intereses financieros de la Unión”, que “no hace referencia solo a la gestión de los créditos presupuestarios, sino que abarca todas las medidas que afecten o puedan afectar negativamente a sus activos y a los de los Estados miembros en la medida en que éstas guarden relación con las políticas de la Unión” (considerando 1 de la Directiva PIF, antes mencionada). Es decir, que la “protección de los intereses financieros de la Unión” comprende todas las medidas que puedan afectar negativamente a los créditos presupuestarios y activos de un Estado miembro “en cuanto que guarden relación con las políticas de la Unión”, sin que la alusión a las políticas de la Unión que puedan desarrollarse

por medidas nacionales se haga depender de una específica financiación comunitaria.

Asimismo, la Directiva, que dedica sus artículos 3 y 4, respectivamente, al “fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión” y a “otras infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión”, considera, entre estas, la malversación, obligando a los Estados miembros a garantizar que la misma “cuando se cometa intencionadamente constituya una infracción penal” (apartado 3 del artículo 4) y ofreciendo en el mismo apartado el siguiente concepto de malversación a los efectos de esta Directiva: “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.”

Esta última disposición da a entender que los intereses financieros de la UE pueden verse afectados indirectamente, lo que, refiriéndonos en concreto al caso español, se explica por la comunicabilidad que ciertamente existe, en la gestión financiera del Estado, entre la ejecución de los créditos de su propio presupuesto y la de los del presupuesto de la Unión. En primer lugar, por el menoscabo de las políticas de la Unión que pueda derivarse de medidas que afecten negativamente a los recursos propios del Estado. En segundo lugar, porque los fondos comunitarios que recibe el Estado, que son para el mismo recursos (ingresos), generalmente afectados en su empleo, que deben tener su oportuno reflejo en el presupuesto de ingresos y correlativamente en las consignaciones del presupuesto de gastos de la entidad correspondiente, no implican, dado el principio presupuestario de unidad de Caja, una separación física del efectivo recibido, de manera que no pueda emplearse en otras atenciones, por lo que una conducta de malversación “común” podría comprometer la capacidad de financiación de los compromisos asumidos respecto a la Unión. En tercer lugar, porque existen proyectos que se financian conjuntamente con recursos propios y recursos de la Unión, por lo que la eventual malversación de los primeros podría comprometer tales proyectos. En cuarto lugar, por el principio de “adicionalidad” que rige la utilización de los fondos de la Unión, en virtud del cual se pretende evitar que la ayuda financiera que los mismos prestan sustituya al gasto público nacional (principio presente, por ejemplo, en el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia - considerando 20 y artículo 5). Y en quinto lugar, por el común sometimiento de toda la gestión financiera del Estado, cualquiera que sea el origen de sus recursos, a los principios definidores del Estado de Derecho.

La ancilaridad de este último en el concreto ámbito del gasto público ha sido subrayada por las instituciones de la UE a través del Reglamento (UE/EURATOM) 2020/2092 del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, al hacer del respeto al Estado de Derecho “una condición previa esencial para cumplir el principio de buena gestión financiera

establecido en el artículo 317 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)” (considerando 7). En este sentido, dicho Reglamento ofrece, a los efectos de su aplicación, una definición del Estado de Derecho, como “valor de la Unión consagrado en el artículo 2 del TUE” que comprende un conjunto de principios ( “principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva (...); de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley”) (artículo 2.a)), así como desgrana una relación de situaciones “indiciarias” de “vulneración” de tales principios, entre ellas la de “limitar la investigación, la persecución o sanción efectivos de las infracciones del Derecho” (artículo 3.c)).

Por otra parte, según se ha visto, en el concepto armonizado de “malversación” que ofrece la Directiva PIF, que los Estados miembros están obligados a respetar en la tipificación de dicha figura como infracción penal, lo decisivo en cualquiera de las modalidades de “compromiso”, “desembolso” o “apropiación” de fondos o activos es su utilización “contraria a los fines para los que estaban previstos” (apartado 3 del artículo 4), siendo ajeno a tal definición si concurre o no un propósito de beneficio personal patrimonial.

En definitiva, ni es real la división de la gestión financiera del Estado por el origen, estatal o de la Unión Europea, de sus recursos, por lo que no se pueden reducir sin más los delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea a los tipos penales específicos contenidos en los artículos 305.3, 306 y 308 del Código Penal, ni el concepto “armonizado” de malversación “ que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión” está condicionado por el hecho de que concurra o no un propósito de enriquecimiento, como tampoco lo está por tal propósito el concepto “común” de malversación de los caudales públicos, tal y como ha precisado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según se ha visto.

En consecuencia, podría considerarse contraria a la Directiva (UE) 2017/1371 la inclusión de los delitos de malversación entre los hechos susceptibles de ser amnistiados, con independencia de que no concurra propósito de enriquecimiento. Además, como ya se ha señalado con anterioridad, la introducción del criterio de la ausencia de este elemento para determinar la inclusión en el ámbito de la amnistía de los delitos de malversación podría contradecir el propósito de la exposición de motivos de “identificación abstracta”, en este caso de los hechos incluidos en aquel ámbito, en la medida que trasluciera un criterio interpretativo ajeno al marco conceptual que inspira la Directiva citada y el Código penal, que pudiera vulnerar el principio de legalidad en materia penal, en la vertiente de ejecución de dicha legalidad que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley (artículo 117.3 de la Constitución), y resultar indiciario de albergar supuestos particulares, lo que conculcaría el principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) y el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución).

27. En relación con una última categoría de actos excluidos, la recogida en la letra f) del artículo 2 (“los actos tipificados como delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional del Título XXIII del Libro II del Código Penal”), su redacción se ha visto condicionada, a partir del texto aprobado por el Congreso de los Diputados resultante del nuevo dictamen aprobado por la Comisión de Justicia de dicha Cámara el 7 de marzo de 2024, con la adición del siguiente inciso: “siempre que se haya producido tanto una amenaza efectiva y real como un uso efectivo de la fuerza en contra de la integridad territorial o la independencia política de España en los términos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas o en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Pretende justificarse este inciso en una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas -2625 (XXV)-, que contiene una declaración de principios de Derecho Internacional sobre las relaciones entre Estados, de los que el primero de ellos se refiere al deber de todo Estado “de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”. Al margen de que en tal Resolución no se cualifica “la amenaza” o “el uso de la fuerza” en los términos en que lo hace la proposición de ley (la cual habla de “amenaza efectiva y real” y de “uso efectivo de la fuerza”, exigiendo además “tanto” una “como” otra circunstancia), ha de repararse en que la condición añadida para que los delitos del Título XXIII del Libro II del Código Penal queden excluidos de la amnistía deja fuera de la exclusión (y, por tanto, resultarían incluidos en el ámbito de la amnistía) delitos de dicho título en los que el resultado de la amenaza o uso de la fuerza por una potencia extranjera contra la integridad territorial o independencia de España no forma parte de la conducta típica.

A este respecto ha de notarse que todos estos delitos (Título XXIII del Libro II del Código Penal) no solo afectan de uno u otro modo a la soberanía o la independencia del Estado y su necesaria defensa frente a agresiones de otros Estados, sino también a la paz entre los mismos, lo que constituye un bien jurídico no solo para el Estado mismo sino para la comunidad internacional como tal y para las organizaciones regionales intergubernamentales o supranacionales (en particular la Unión Europea) en que España está integrada.

Desde esta perspectiva, un criterio a fin de cuentas extralegal como el pergeñado en la delimitación de la exclusión contenida en la letra f) del artículo 2 de la proposición de ley podría contradecir, como señala el citado informe de la Secretaría General del Senado, el propósito de “identificación abstracta” de las exclusiones, en la medida que trasluciera un criterio interpretativo y aplicativo ajeno al marco conceptual y jurisprudencial propio del Código Penal, que pudiera vulnerar el principio de legalidad en materia penal, en la vertiente de ejecución de dicha legalidad que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley (artículo 117.3 de la Constitución), y resultar

indiciario de albergar supuestos particulares, lo que conculcaría el principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) y el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución).

III.E) Efectos de la amnistía y procedimiento. Consideración particular del ámbito penal

28. La proposición de ley dedica los títulos II (artículos 3 a 8) y III (artículos 9 a 16) a los efectos y aspectos procedimentales, respectivamente, de la amnistía.

El artículo 3 introduce el Título II, identificando el efecto general de la amnistía en “la extinción de la responsabilidad penal, administrativa o contable, en los términos previstos” en dicho título, y concretando dicho efecto general en cada uno de dichos ámbitos, en los artículos siguientes, 4 a 8.

El artículo 4 se refiere, específicamente, a los efectos sobre la responsabilidad penal, habiéndose modificado su redacción durante la tramitación de la iniciativa en el Congreso de los Diputados. En el cuadro siguiente se reflejan las tres versiones sucesivas del texto de este artículo, la inicial, la propuesta en el informe de la Ponencia (como consecuencia de la aceptación de la enmienda núm. 43) y la aprobada por la Comisión de Justicia en su dictamen de 23 de enero de 2024, como consecuencia de una enmienda transaccional:

Proposición de ley	Informe Ponencia	Dictamen Comisión de Justicia
<i>Art. 4. Efectos sobre la responsabilidad penal</i>		
1. El órgano judicial competente ordenará la inmediata puesta en libertad de las personas beneficiadas por la amnistía que se hallaran en prisión. Las penas privativas de libertad total o parcialmente cumplidas no podrán ser abonadas en otros procedimientos penales para el caso de que los actos que motivaron la condena ejecutada resulten amnistiados en aplicación de esta ley. Idéntica regla se aplicará en relación con los periodos de prisión preventiva no seguidos de	Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:  a) (antes 1.) El órgano judicial competente que, en cada momento, esté conociendo de la causa ordenará la inmediata puesta en libertad de las personas beneficiadas por la amnistía que se hallaran en prisión ya sea por haberse decretado su prisión provisional o en cumplimiento de condena. Las penas privativas de libertad total o parcialmente cumplidas no podrán ser abonadas en otros procedimientos penales para el caso de que los actos que motivaron la condena	Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tras la entrada en vigor de esta ley:  a) El órgano judicial que esté conociendo de la causa ordenará la inmediata puesta en libertad de las personas beneficiarias de la amnistía que se hallaran en prisión ya sea por haberse decretado su prisión provisional o en cumplimiento de condena. Así mismo, acordará el inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real que hubieran sido adoptadas por las acciones u omisiones comprendidas en el ámbito objetivo de la presente ley,

Proposición de ley	Informe Ponencia	Dictamen Comisión de Justicia
<p data-bbox="268 342 596 409"><b>Art. 4. Efectos sobre la responsabilidad penal</b></p> <p data-bbox="240 416 625 477">condena a causa de la entrada en vigor de la presente ley.</p> <p data-bbox="240 752 625 902">2. Se procederá a la eliminación de antecedentes penales derivados de la condena por el acto delictivo amnistiado.</p> <p data-bbox="240 936 625 1178">3. Quedarán sin efecto las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención.</p> <p data-bbox="240 1395 625 2031">4. La entrada en vigor de esta ley implicará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares que hubieran sido adoptadas respecto de acciones u omisiones amnistiadas en relación con las personas beneficiadas por la amnistía, con la única salvedad de las medidas de carácter civil a las que se refiere el artículo 8.2. Asimismo, supondrá la finalización de la ejecución de las penas impuestas por aquellas acciones u omisiones que hubieran sido amnistiadas. En todo caso, se alzarán las citadas medidas cautelares incluso cuando tenga lugar el planteamiento de un recurso o una cuestión de</p>	<p data-bbox="651 416 997 689">ejecutada resulten amnistiados en aplicación de esta ley. Idéntica regla se aplicará en relación con los periodos de prisión preventiva no seguidos de condena a causa de la entrada en vigor de la presente ley.</p> <p data-bbox="651 723 997 873">b) (antes 2.) Se procederá a la eliminación de antecedentes penales derivados de la condena por el acto delictivo amnistiado.</p> <p data-bbox="651 907 997 1328">c) (antes 3.) En el momento de la entrada en vigor de esta ley, el órgano judicial que, en cada momento, esté conociendo de la causa procederá a dejar sin efecto las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención.</p> <p data-bbox="651 1361 997 2031">d) (antes 4.) En el momento de la entrada en vigor de esta ley, el órgano judicial que, en cada momento, esté conociendo de la causa procederá también al inmediato alzamiento de las medidas cautelares que hubieran sido adoptadas respecto de acciones u omisiones amnistiadas en relación con las personas beneficiadas por la amnistía, con la única salvedad de las medidas de carácter civil a las que se refiere el artículo 8.2. Asimismo, supondrá la finalización de la ejecución de las penas principales o accesorias impuestas por aquellas acciones u</p>	<p data-bbox="1024 416 1370 533">con la única salvedad de las medidas de carácter civil a las que se refiere el artículo 8.2.</p>

Proposición de ley	Informe Ponencia	Dictamen Comisión de Justicia
<p data-bbox="268 342 596 412"><b>Art. 4. Efectos sobre la responsabilidad penal</b></p> <p data-bbox="240 416 628 506">inconstitucionalidad contra la presente ley o alguna de sus disposiciones.</p>	<p data-bbox="651 416 1002 719">omisiones que hubieran sido amnistiadas. En todo caso, se alzarán las citadas medidas cautelares incluso cuando tenga lugar el planteamiento de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad contra la presente ley o alguna de sus disposiciones.</p>	<p data-bbox="1026 721 1374 1055">b) El órgano judicial que esté conociendo de la causa procederá a dejar sin efecto las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención.</p> <p data-bbox="1026 1088 1374 1451">c) La suspensión del procedimiento penal por cualquier causa no impedirá el alzamiento de aquellas medidas cautelares que hubieran sido acordadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley y que implicasen la privación del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas.</p> <p data-bbox="1026 1485 1374 1877">d) El órgano judicial que esté conociendo de la causa procederá a dar por finalizada la ejecución de todas las penas privativas de libertad, privativas de derechos y multa, que hubieran sido impuestas con el carácter de pena principal o de pena accesoria, y que tuvieran su origen en acciones u omisiones que hubieran sido amnistiadas.</p> <p data-bbox="1026 1910 1374 2029">e) Las penas privativas de libertad total o parcialmente cumplidas no podrán ser abonadas en</p>

Proposición de ley <i>Art. 4. Efectos sobre la responsabilidad penal</i>	Informe Ponencia	Dictamen Comisión de Justicia
		<p>otros procedimientos penales para el caso de que los actos que motivaron la condena ejecutada resulten amnistiados en aplicación de esta ley. Idéntica regla se aplicará en relación con los periodos de prisión preventiva no seguidos de condena a causa de la entrada en vigor de la presente ley.</p> <p>f) Se procederá a la eliminación de antecedentes penales derivados de la condena por el acto delictivo amnistiado.</p>

Los cambios introducidos en las dos últimas versiones no alteran, en lo esencial, ninguno de los efectos que a la extinción de la responsabilidad criminal anudaba el texto del artículo 4, a saber:

a) La “inmediata puesta en libertad” de los beneficiarios de la amnistía “que se hallaban en prisión”.

Desde el informe de la Ponencia figura el añadido “ya sea (hallarse en prisión) por haberse decretado su prisión provisional o en cumplimiento de condena”. Añadido innecesario no solo porque la expresión “hallarse en prisión” permite entender comprendida la situación de prisión provisional, sino porque ésta, en cuanto medida cautelar, está comprendida en el efecto ordenado a continuación.

b) El “inmediato alzamiento” de las medidas cautelares (el texto del dictamen de la Comisión precisa, también innecesariamente, “de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real”) que se hubieran adoptado por los hechos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley “con la única salvedad de las medidas de carácter civil a las que se refiere el artículo 8.2”.

La proposición de ley busca que este efecto se produzca ineluctablemente cuando aquellas medidas “implicasen la privación del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, sin que (según ordena el texto del dictamen en términos más precisos que los del último párrafo del apartado 4 del artículo 3 del texto originario) se vea impedido por “la suspensión del procedimiento penal por cualquier causa”.

c) La revocación (“dejar sin efecto”) de “las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales europeas e internacionales de detención”.

d) La finalización de la ejecución de las penas (el informe de la Ponencia precisa: “de las penas principales y accesorias”; y el dictamen de la Comisión: “de todas las penas privativas de libertad, privativas de derechos y multa, que hubieran sido impuestas con el carácter de pena principal o de pena accesoria”) impuestas (“que tuvieran su origen”, precisa el dictamen de la Comisión) por hechos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley.

e) La “eliminación de antecedentes penales” por las condenas por los referidos hechos, así como la imposibilidad de abono en otros procedimientos penales de las penas privativas de libertad total o parcialmente cumplidas como consecuencia de aquellas condenas o de los períodos de prisión preventiva no seguidos de condena.

La regulación de los efectos de la amnistía sobre la responsabilidad penal debe ponerse en relación con los artículos 9, 10 y 11 de la proposición de ley en cuanto a los aspectos procedimentales, de los que se desprende que la aplicación de la amnistía supone un propio procedimiento incidental de naturaleza jurisdiccional, que se sustanciará, cualquiera que sea la fase del proceso penal principal, con carácter “preferente y urgente”, “en el plazo máximo de dos meses” (artículo 10).

Serán competentes los órganos judiciales que lo sean según la fase del proceso penal principal, y se iniciará de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, y requerirá previa audiencia de este y de las partes (artículo 9.1). El artículo 11 precisa el modo de terminación del procedimiento, distinguiendo según la fase en que se encuentre el proceso penal (instrucción, juicio oral, sentencia que no haya adquirido firmeza o ejecución de las penas impuestas).

Por perentorio que sea tal procedimiento, el mismo es imprescindible, sin que pueda deducirse un carácter “autoaplicativo” de la ley, o un efecto automático de la misma, ni en relación a la declaración de la amnistía como tal (que solo puede producirse “por resolución firme dictada por el órgano competente” -artículo 9.3-) ni en relación al alzamiento de las medidas cautelares, necesitado también de mediación judicial (artículo 11.8), aunque el mismo debe producirse, según la proposición de ley, de modo “inmediato”. Aunque parezca obvio recordarlo, en todo caso las resoluciones judiciales correspondientes deben ser motivadas.

29. Considerada en su conjunto, la regulación del procedimiento para la aplicación de la amnistía en el ámbito penal y de sus efectos plantea el problema de la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes (artículo 24.1 de la Constitución, artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), teniendo presente que, además del acusado, entre las partes que sostengan la acusación, pueden encontrarse el Ministerio Fiscal, en representación del interés público, y quienes eventualmente hayan podido ejercer la acción popular o la acusación particular.

Desde dos diferentes perspectivas ha podido producirse aquella vulneración. Una es la del plazo del procedimiento, pues aunque la brevedad sea coherente con una medida como la amnistía, podría resultar extremadamente breve (dos meses), teniendo en cuenta la indeterminación de los hechos incluidos en la amnistía, por la pretensión de su sola delimitación a través de su vinculación a un específico móvil ideológico, cuya prueba es exigible y que no siempre será fácil (la importancia de la prueba en relación con el móvil ideológico en la aplicación de la Ley de Amnistía de 1977 fue subrayada por el Tribunal Supremo en la sentencia de la Sala de lo Penal de 28 de febrero de 1978), además de las dificultades derivadas del marco temporal al que han de referirse aquellos hechos, por su amplitud e inciertos términos inicial y final.

Ello podría no solo comprometer el *ius puniendi* del Estado, sino lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes, en su dimensión de derecho a un proceso equitativo y a su desarrollo en un plazo razonable, según la formulación recogida en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que forma parte del ordenamiento jurídico de ésta (el citado artículo 47 dedicado al “derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, establece en sus dos primeros párrafos: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley (...)”). Aunque el sentido principal del derecho a un proceso que tenga un plazo razonable se refiere a un proceso “sin dilaciones indebidas” (según la expresión de la Constitución española en su artículo 24.2), dicho derecho puede también verse afectado en el sentido opuesto, si se estrechan de tal modo los plazos, que comprometan la finalidad del proceso (en este caso el procedimiento de aplicación de la amnistía) y con ello el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes.

El mismo derecho podría verse cercenado desde otra perspectiva, como resultaría de la pretensión de que el mandato de levantamiento inmediato de las medidas cautelares no se vea impedido por “la suspensión del procedimiento penal por cualquier causa” (letra c) del artículo 4).

De acuerdo con el artículo 10, en su último párrafo, de la proposición de ley, los recursos que puedan presentarse frente a las decisiones judiciales que apliquen la amnistía “no tendrán efectos suspensivos”. Este precepto se refiere a los recursos ordinarios frente a las resoluciones que pongan fin al procedimiento de aplicación de la amnistía. La suspensión a la que alude la letra c) del artículo 4 es la que podría acontecer, afectando también al propio procedimiento incidental de aplicación de la amnistía, como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con aquella aplicación, siendo el efecto suspensivo consustancial a estos procedimientos, según establece, para el primero, el artículo 35.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y se deduce, para el segundo, del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en su sentencia de

17 de mayo de 2023, asunto C-176/22, el Tribunal, interpretando el referido artículo 23, admite que la suspensión del proceso se limite a “los aspectos que puedan verse afectados” por la respuesta que el Tribunal de Justicia dé a la cuestión prejudicial planteada, pero en todo caso el efecto suspensivo de esta alcanza a los referidos aspectos).

A este respecto, teniendo en cuenta la naturaleza de las medidas cautelares, cuya finalidad es asegurar la eficacia del propio proceso penal, del que son por tanto instrumentales, con la consecuencia de que la suspensión de éste, por el planteamiento de alguna de aquellas cuestiones, deja inalterada la situación procesal en su integridad, el mandato de alzamiento en todo caso de las referidas medidas (que en el proceso penal, por su propia naturaleza, pueden afectar a derechos fundamentales, como ocurre con la libertad ambulatoria, en las medidas de prisión provisional o libertad provisional) supondría una modificación del régimen común de garantías jurisdiccionales del proceso penal, y esta modificación supondría un doble género de infracciones, tanto de la Constitución como del Derecho de la Unión Europea.

Por un lado, la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad es materia reservada por la Constitución no a cualquier ley, sino a una ley específica, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 165 CE), por lo que una modificación del régimen de los procedimientos en ella establecidos que no se realizase a través de una reforma directa de aquella ley, sino al margen de ella y a los efectos singulares de una ley como la de amnistía, sería contraria a la Constitución (nótese que no se trata de un caso de normación parcial de una materia a través de leyes diferentes, sino de una modificación al margen de la ley específica a la que la Constitución reserva expresamente una determinada materia, la cual no se modifica de modo directo -todas las modificaciones parciales de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional producidas hasta ahora lo han sido siempre, por exigencia constitucional, como objeto directo, único o compartido pero directo, de la ley modificativa-, y además de una regulación de eficacia singular) (Cf. STC 72/1984, que descartó la validez de que las incompatibilidades de diputados y senadores fueran reguladas por una ley orgánica al margen de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General). Más grave, si cabe, sería la invasión competencial en el caso de la cuestión prejudicial, por ser materia propia del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, que goza de primacía sobre los de los Estados miembros.

Por otro lado, la modificación del régimen común de garantías jurisdiccionales del proceso penal podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes en el proceso, reconocido no solo en la Constitución (artículo 24.1), sino, en cuanto que forma parte de la tradición constitucional de los países miembros de la Unión Europea, en el Tratado de la Unión Europea (artículo 19.1) y la Carta de Derechos Fundamentales de ésta (artículo 47), según se ha visto.

La quiebra del régimen común de garantías jurisdiccionales del proceso penal afecta también al derecho a la tutela judicial efectiva en otra dimensión, derivada del principio de legalidad en materia penal en su vertiente de ejecución,

que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces y tribunales, en el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional (artículo 117.3 de la Constitución), que, en este caso, debe concretarse en la potestad exclusiva y efectiva de aplicación por los jueces de la ley en cuestión de acuerdo con el ordenamiento procesal común, sea el nacional o el de la Unión Europea.

En este sentido, el reciente y citado informe de la Comisión de Venecia sobre esta proposición de ley -CDL-AD(2024)003- ha manifestado su preocupación en relación con la incidencia de los mandatos de la ley en el efecto suspensivo de la cuestión de inconstitucionalidad, en la medida que pudieran “deprive the judicial review of the amnesty bill of any practical effect” (privar a la revisión judicial de la ley de amnistía de todo efecto práctico) (parágrafo 107). Todo ello, además, en la perspectiva de la irrevocabilidad inherente a las amnistías de acuerdo con la consideración general de que la revocación retroactiva de una amnistía es “contraria al principio de seguridad jurídica y al principio de irretroactividad del Derecho penal” (Tribunal Europeo de Derechos humanos, sentencia de 23 de septiembre de 2008, Lexa v. Slovakia, parágrafo 95).

30. Una perspectiva diferente en la que puede verse comprometido el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes es la que proporciona el derecho a la defensa consagrado por la Constitución en su artículo 24.2 (y el artículo 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), el cual, entre otras consecuencias, implica el derecho del acusado a probar, ante un Tribunal y “a través de un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”, su inocencia.

Ciertamente el auto de sobreseimiento libre, que será el modo normal de finalización del procedimiento de aplicación de la amnistía, apreciado que sea la concurrencia de tal causa de extinción de la responsabilidad criminal en relación con los hechos objeto del proceso penal, tiene efectos equivalentes al de la sentencia absolutoria (artículo 637 LECrim). Pero tal pronunciamiento no impide la calificación precedente que haya de servir de fundamento a la aplicación de la amnistía, ni elimina, por tanto, el daño moral derivado de tal calificación si se impide al afectado su derecho a probar ante el tribunal su inocencia, y a obtener una sentencia en cuanto al fondo en tal sentido.

De ahí que pueda considerarse contrario al derecho a la defensa, la imperatividad de la aplicación de una medida como la amnistía, que, a través de un pronunciamiento de sobreseimiento, impida al acusado discutir el fundamento de la acusación promovida contra él. Pueden a este respecto trasladarse al contexto constitucional español los argumentos de la Corte Constitucional italiana, al considerar contrario al derecho constitucional a la defensa, la aplicación automática de la amnistía, sin consideración al derecho del imputado a renunciar a la misma. Así ha señalado: “a diferencia de lo que acontece con la abrogación de una norma penal, la amnistía no elimina la abstracta previsión punitiva relativa a determinados comportamientos, sino que se limita a detener la procedibilidad del juicio relativo a dichos delitos, en relación al tiempo en que fueron cometidos (...) por lo tanto con la obligación impuesta al juez de declarar, en todos los procedimientos en curso en el momento de sobrevenir un procedimiento de

amnistía, la extinción del delito, se compromete irremediablemente la satisfacción del interés a obtener una sentencia en cuanto al fondo, obligando en cambio al imputado a sujetarse a un pronunciamiento de sobreseimiento, el cual, precisamente porque no permite probar ni discutir el fundamento de la acusación, aunque elimina toda pena, no confiere ninguna certeza sobre la efectiva ajenidad del imputado respecto a la acusación promovida contra él, y deja pues sin protección el derecho a la plena integridad del honor y de la reputación” (sentencia 175/1971, de 5 de julio de 1971, *considerato in diritto* 8).

31. En relación con los problemas que afectan al derecho a la tutela judicial efectiva, es importante reparar en la evolución que es posible apreciar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir de la sentencia de 27 de febrero de 2018 (en el asunto C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*) y sobre todo a partir de la serie de autos y sentencias que, desde el año 2018, ha venido dictando dicho Tribunal en relación con Polonia, en cuanto que sobre la base del párrafo segundo del artículo 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE) (según el cual “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”), ha hecho valer su competencia no ya en relación con la vulneración de normas sustantivas del Derecho comunitario, sino en relación con la salvaguarda de valores fundamentales de la Unión Europea, como era el caso en aquellas sentencias de la imparcialidad de los jueces, en cuanto dimensión nuclear de la “tutela judicial efectiva”, a su vez piedra angular de uno de aquellos valores, a saber, el Estado de Derecho (artículo 2 TUE).

Afirmando su competencia en la salvaguarda de tales valores, y en particular del Estado de Derecho, como *præius* para garantizar la primacía y efectividad del Derecho de la Unión Europea, en sus distintos ámbitos materiales de competencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reforzó al propio tiempo la posición de los jueces de los Estados miembros, entroncando con la concepción bifronte de los mismos, arraigada desde el caso *Simmenthal* (1978), como jueces a la vez orgánicamente nacionales y funcionalmente europeos, y en baluartes, junto con aquel, del respeto no solo del Derecho de la Unión Europea sino de las garantías jurisdiccionales que están en su base. En esta labor el TJUE ha interpretado el párrafo segundo del artículo 19 TUE como una concreción del valor Estado de Derecho del artículo 2 TUE. Varios han sido los pronunciamientos del TJUE, derivados de distintos cauces procesales (contencioso por incumplimiento de los Tratados, a instancia de la Comisión -artículo 258 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)- y distintos procedimientos prejudiciales activados por jueces polacos) en los que se ha perfilado esta orientación. En la sentencia de 2 de marzo de 2021, asunto C-824/18, que gira en torno a la exigencia de independencia de los tribunales, el TJUE, tras afirmar que tal exigencia, “inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho fundamental a un proceso equitativo”, predica de dicha tutela “una importancia capital como garante de la protección del conjunto de derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados

miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho “ (parágrafo 116).

La defensa del Estado de Derecho frente al riesgo sistémico mostrado por Polonia y Hungría llevó a la adopción, desde la perspectiva de la buena gestión financiera por los Estados miembros respecto del presupuesto de la Unión, del Reglamento (UE/EURATOM) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, que ya se ha citado con anterioridad, como también la definición que ofrece del Estado de Derecho [artículo 2.a)], considerado “esencial para la protección de los demás valores fundamentales en los que se fundamenta la Unión, como la libertad, la democracia, la igualdad y el respeto de los derechos humanos” (considerando 6).

#### **IV. RECAPITULACIÓN**

32. Además de las sólidas razones que permitirían sostener la falta de fundamento constitucional de una ley de amnistía (apartados 3 a 13 de este informe), de la que se deduciría la necesidad de una previa reforma constitucional para su impulso (apartado 14 de este informe) y la verosímil posibilidad de que sustentasen una controversia constitucional por tales razones ante el Tribunal Constitucional, la proposición de ley examinada adolecería, por las razones que también se han expuesto (apartados 15 a 31 de este informe), de distintas infracciones que afectarían a principios y derechos fundamentales tanto de la Constitución como de los tratados de la Unión Europea y a obligaciones impuestas por el Derecho de ésta, como son los siguientes:

- Del principio de legalidad en materia penal y del principio de seguridad jurídica, así como de la obligación amparada por éste de cumplir las sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, dimensiones nucleares del Estado de Derecho (artículos 1.1, 9.3, 25.1 y 118 de la Constitución y artículo 2 del Tratado de la Unión Europea -TUE-), dada la indeterminación del ámbito material y temporal de la amnistía, sin referencia a tipos penales concretos o a categorías de delitos en función del bien jurídico protegido (apartados 16, 17 y 18 de este informe).
- Del principio de igualdad y derecho fundamental a la misma (artículos 1.1 y 14 de la Constitución, artículo 2 TUE y artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), dada la delimitación del ámbito material de la amnistía, en función de un específico móvil ideológico y al margen de la base objetiva del bien jurídico protegido en los tipos delictivos, así como por la contradicción de la amnistía así delimitada con la unidad política (basada en el igual estatuto de nacionalidad y ciudadanía de sus miembros), y el incierto e inconcluso ámbito temporal de la amnistía (apartados 19, 20 y 21 de este informe).
- Del principio de igualdad y derecho fundamental a la misma (artículos 1.1 y 14 de la Constitución, artículo 2 TUE y artículos 20 y 21 de la Carta de

Derechos Fundamentales de la Unión Europea) en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, dimensión nuclear del Estado de Derecho (artículos 1.1 y 9.3 de la Constitución y artículo 2 TUE), por las circunstancias relativas al contexto público de la presentación de la proposición de ley y los términos en que se configuran los hechos incluidos en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 1, entre ellos el delito de malversación, y las categorías de exclusiones recogidas en las letras b), c), d), e) y f) del artículo 2, que podrían ser indiciarios de que la amnistía respondiese al tipo partidista ( las concedidas a una parte política en cuanto tal o a sujetos particulares en cuanto tales, aunque pueda serlo en concomitancia con circunstancias excepcionales, y a través de disposiciones dotadas de “pseudogeneralidad”) (apartados 22 a 27 de este informe).

- Del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución, artículo 19.1 TUE y artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), en particular en el ámbito penal, en cuanto a la perentoriedad del procedimiento de aplicación de la amnistía y a la pretensión de que el mandato de levantamiento inmediato de las medidas cautelares no se vea impedido por “la suspensión del procedimiento penal por cualquier causa” (apartados 28, 29 y 31 de este informe)
- Del derecho a la defensa (artículo 24.2 de la Constitución y artículo 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), dada la imperatividad de la amnistía en los casos comprendidos en su ámbito de aplicación (apartados 30 y 31 de este informe).
- De las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión Europea en materia de terrorismo y de protección de los intereses financieros de la Unión, tal y como se desprenden de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y la 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 (apartados 25 y 26 de este informe).

Por todo ello, debe advertirse del riesgo que entraña para las Cortes Generales la aprobación de esta Proposición de Ley Orgánica, ya que podría determinar, por parte de los órganos jurisdiccionales que tuvieran que aplicar la amnistía, el planteamiento de una cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o de una cuestión de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional.

Como es sabido, en la tesitura de que un órgano judicial albergue dudas sobre la compatibilidad de una ley tanto con el Derecho de la Unión Europea como con la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, desde la perspectiva de la primacía del Derecho de la Unión, veda que los procesos constitucionales puedan impedir, dificultar o retrasar el planteamiento de una

cuestión prejudicial ex artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Recordando esta jurisprudencia, y haciendo valer el argumento de que la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad (y por tanto de falta de una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad), el Tribunal Constitucional, a raíz de su Auto 168/2016, de 4 de octubre, ha sentado la doctrina de que, en tal supuesto, “la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE” (FJ 4). En el caso de que la cuestión prejudicial fuera desestimada, ello no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (como declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4 a 6).

Dos precisiones ulteriores son necesarias. El efecto práctico más importante del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, consagrado desde las célebres sentencias *Costa c. ENEL* (1964) y *Simmenthal* (1978), es la obligación de los jueces nacionales, en su calidad de jueces del Derecho de la Unión, de inaplicar la norma interna que consideren claramente incompatible con aquel Derecho “sin que (como precisó la segunda de las sentencias señaladas) tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”. Si albergara dudas sobre tal compatibilidad, tiene la facultad de plantear una cuestión prejudicial de interpretación, una facultad que la jurisprudencia del TJUE concibe con la mayor amplitud (“la más amplia facultad”) en cuanto inherente al “sistema de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE y a las funciones de juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión atribuidas por dicha disposición a los órganos jurisdiccionales nacionales” (sentencia 19 de noviembre de 2019, asuntos C-585/18, C-624/18 y C-625/18, párrafo 103). Según dispone el artículo 267 TFUE, esta última facultad se transforma en obligación para los órganos jurisdiccionales que resuelvan en última instancia.

En este contexto, en caso de planteamiento por cualquier órgano judicial, con ocasión de la aplicación de la ley de amnistía, de una cuestión prejudicial, el efecto suspensivo de la presentación de la cuestión prejudicial, además de afectar al proceso penal principal y al propio procedimiento de aplicación de la amnistía, podría enervar el mandato legal de inmediato alzamiento de las medidas cautelares en el caso de que aquel órgano, o bien entendiera inequívocamente contrario al mismo la incondicionalidad de aquel mandato y considerase procedente su inaplicación o bien, de albergar una duda objetiva sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión, reputase pertinente plantear una propia cuestión prejudicial al respecto, que tendría efectos suspensivos.

Bien se entiende que las consideraciones hechas no podrían trasladarse en los mismos términos en cuanto a la aplicación de la amnistía en los ámbitos sancionatorio administrativo y contable. En todo caso, si el asunto de la

responsabilidad administrativa estuviere ventilándose ya en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo así como en el supuesto de enjuiciamiento contable, de competencia del Tribunal de Cuentas, se abre la posibilidad del planteamiento tanto de una cuestión de inconstitucionalidad como de una cuestión prejudicial, por alguno de los motivos señalados, en la forma y con los efectos que se han señalado.

En el Palacio del Senado, a 30 de abril de 2024

Eugenio de Santos Canalejo, Letrado de la Comisión Conjunta  
de las Comisiones Constitucional y de Justicia