

55

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

# Revista

Enero 2025

55

Revista Penal

Enero 2025



tirant  
lo blanch



tirant  
lo blanch

# Penal

# Revista Penal

Número 55

## Sumario

### Doctrina:

|                                                                                                                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| – Noticias falsas y amnistía, por <i>Miguel Abel Souto</i> .....                                                                                                                                                   | 5   |
| – La bipolaridad del Código Penal, por <i>María Acale Sánchez</i> .....                                                                                                                                            | 14  |
| – Los retos del Derecho penal posmoderno: los coches autónomos y el sistema de faltas en el ordenamiento jurídico italiano, por <i>Maristella Amisano</i> .....                                                    | 31  |
| – La libertad de expresión. Algunas reflexiones desde el Derecho penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> ..                                                                                            | 45  |
| – La <i>desaparición</i> de la delincuencia infantil en España, la consiguiente ausencia de debate y, de nuevo, un espejo en el que mirarse: Alemania, por <i>Miguel Ángel Cano Paños</i> .....                    | 66  |
| – Inaplicación del principio de no punición a víctimas de trata de seres humanos (comentario de la STS 960/2023, de 21 de diciembre), por <i>Marcos Chaves-Carou</i> .....                                         | 83  |
| – Personas jurídicas instrumentales como sujetos inimputables a efectos del régimen legal del art. 31 bis CP: posibilidades de respuesta penal, por <i>Javier G. Fernández Teruelo</i> .....                       | 96  |
| – Manipulaciones bursátiles, redes sociales y desinformación. El “Caso Gamestop” como piedra de toque del delito del art. 284.1.2º del Código Penal, por <i>Alfonso Galán Muñoz</i> .....                          | 112 |
| – Mentiras e ilusiones. Acerca de las ultrafalsificaciones, por <i>Mª del Carmen Gómez Rivero</i> .....                                                                                                            | 128 |
| – La amnistía como (nueva) causa de extinción de la responsabilidad penal: aspectos problemáticos de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, por <i>José León Alapont</i> .....                                    | 155 |
| – Las objetables y escasamente atendidas “defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”: ¿castigo penal de la pobreza energética e ilícitos civiles criminalizados?, por <i>Félix Mª. Pedreira González</i> ..... | 181 |
| – Entidades pantalla y proceso penal, por <i>Pedro Pablo Pulido Manuz</i> .....                                                                                                                                    | 209 |

### Sistemas Penales Comparados:

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| – Delitos de malversación o peculado ( <i>Crimes of embezzlement</i> ) ..... | 235 |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|

### Bibliografía:

|                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| – Abadías Selma, Alfredo: <i>Violencia de Género: Una exégesis sobre su tipología delictiva</i> , Editorial Dykinson, Madrid, 2023, 204 páginas, por <i>Núria Fernández Albesa</i> ..... | 307 |
| – Ferré Olivé, Juan Carlos: <i>El delito de blanqueo de dinero</i> . Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 412 páginas, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i> .....                    | 313 |
| – Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>Jaime Couso Salas</i> .....                                                                             | 317 |
| – Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>José Luis Guzmán Dalbora</i> .....                                                                      | 320 |

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>.

Pueden consultarse números posteriores en <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>



**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja  
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  
Norberto de la Mata Barranco. Univ. País Vasco  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I<sup>o</sup>  
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla  
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña  
Alessandro Melchionda. Univ. Trento  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)  
Consuelo Murillo Ávalos (Chile)  
Jiajia Yu (China)  
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)  
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)  
Elena Núñez Castaño (España)  
Luigi Foffani (Italia)  
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)  
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)  
Blanka Julita Stefańska (Polonia)  
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)  
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)  
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELFs.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)



## La amnistía como (nueva) causa de extinción de la responsabilidad penal: aspectos problemáticos de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio

José León Alapont

Revista Penal, n.º 55 - Enero 2025

### Ficha Técnica

**Autor:** José León Alapont

**Adscripción institucional:** Profesor Titular de Derecho Penal, Universitat de València

**ORCID:** 0000-0002-0537-6563

**Title:** Amnesty as a (new) cause for extinction of criminal liability: problematic aspects of Spanish Organic Law 1/2024, of June 10.

**Sumario:** I. Introducción. II. Sobre la constitucionalidad de la amnistía. II.1. Como institución. II.2. La constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio. II.2.1. Test de constitucionalidad (en abstracto). II.2.2. Análisis del contenido (en concreto). II.3. Sobre la aplicación de la ley. III. La ley de amnistía desde una perspectiva técnico-jurídica. III.1. Aspectos sustantivos. III.2. Aspectos procesales. IV. La decisión política a examen. V. El procedimiento legislativo escogido para la tramitación de la ley. VI. La aplicación de la amnistía a delitos concretos. VI.1. Malversación. VI.2. Terrorismo. VII. A modo de reflexión: los contornos de la amnistía. VIII. Bibliografía citada.

**Summary:** I. Introduction. II. On the constitutionality of the amnesty. II.1. As an institution. II.2. The constitutionality of Organic Law 1/2024, of June 10. II.2.1. Constitutionality test (in the abstract). II.2.2. Content analysis (specifically). II.3. About the application of the law. III. The amnesty law from a technical-legal perspective. III.1. Substantive aspects. III.2. Procedural aspects. IV. The political decision under examination. V. The legislative procedure chosen for the processing of the law. VI. The application of amnesty to specific crimes. VI.1. Embezzlement. VI.2. Terrorism. VII. As a reflection: the contours of amnesty. VIII. Bibliography cited.

**Resumen:** en el año 2024, el Código Penal español alumbró una (nueva) causa de extinción de la responsabilidad penal (la amnistía). La aprobación de dicha Ley Orgánica supuso un acontecimiento, a nivel jurídico, histórico (debido a su magnitud y contexto en el que se produjo). Si bien la Ley no se centra únicamente en el ámbito de la responsabilidad penal, cabe decir que la mayor parte de su contenido recae sobre esta materia. Es por ello por lo que en la primera parte de este trabajo me ceñiré a examinar desde un plano más teórico el articulado de la ley desde una perspectiva constitucional, técnico-jurídica y político-criminal. Prestando también atención al procedimiento legislativo empleado para su promulgación. Mi posición, ya lo adelanto, es contraria a esta ley (aun con matices). Pero, insisto, no he realizado un comentario periodístico, ni he elaborado esta publicación con el fin de servir de propaganda de una determinada ideología (aunque esta amnistía, como el propio Derecho penal, esté cargada de ella). Lo que someto a juicio en esta contribución es la traducción jurídica de una determinada visión política que ha apostado (o se ha visto “obligada” por motivos electorales) a tratar de “dar una solución” a la situación que se vive en Cataluña desde hace unos años. En contraste, en la segunda parte de este texto analizaré los problemas que se suscitan en torno a la aplicación de la amnistía a los delitos de malversación y de terrorismo.

**Palabras clave:** amnistía, constitucionalidad, política criminal, técnica legislativa, aplicación judicial.

**Abstract:** In the year 2024, the Spanish Penal Code illuminated a (new) cause for the extinction of criminal responsibility (amnesty). The approval of said Organic Law was an historical event, at a legal level (due to its magnitude and context in which it occurred). Although the Law does not focus solely on the area of criminal liability, it should be said that most of its content falls on this matter. That is why in the first part of this work I will limit myself to examining from a more theoretical level the provisions of the law from a constitutional, technical-legal and political-criminal perspective. Also paying attention to the legislative procedure used for its enactment. My position, as I already stated, is contrary to this law (even with nuances). But, I insist, I have not made a journalistic comment, nor have I prepared this publication with the aim of serving as propaganda for a certain ideology (although this amnesty, like criminal law itself, is loaded with it). What I submit to judgment in this contribution is the legal translation of a certain political vision that has opted (or has been “forced” for electoral reasons) to try to “provide a solution” to the situation that has been experienced in Catalonia for some time. In contrast, in the second part of this text I will analyze the problems that arise around the application of the amnesty to the crimes of embezzlement and terrorism.

**Key words:** amnesty, constitutionality, criminal policy, legislative technique, judicial application.

**Observaciones:** El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Ganancias ilícitas y sistema de justicia penal: una perspectiva global” (PID2022-138796NA-I00), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, del cual soy Investigador Principal.

**Rec.:** 28-10-2024    **Fav.:** 14-11-2024

## I. INTRODUCCIÓN

Como es de sobra conocido, los días 6 y 7 de septiembre de 2017 el Parlament de Catalunya aprobó las denominadas “leyes de desconexión”. En el primero de ellos salió adelante la *Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación* y durante el segundo la *Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República Catalana*. Sin duda, el desafío jurídico-político más serio que hasta el momento han planteado los gobiernos independentistas de esta autonomía a nuestro Estado democrático (conocido como “El Procés”). A estos hechos cabría sumar otras acciones como los graves altercados acaecidos en la Conselleria d’Economia u otros como los protagonizados por Tsunami Democràtic o los CDR. O, previamente, la consulta celebrada en Cataluña el 9 de noviembre de 2014.

La respuesta judicial a buena parte de estos acontecimientos se recogió en la STS 459/2019, de 14 de octubre. En dicha resolución se condenó a varios dirigentes catalanes (President, vicepresidents, consellers) y líderes de organizaciones independentistas por delitos de sedición, malversación y desobediencia. Pero, el Gobierno de coalición PSOE-PODEMOS acabó indultando (parcialmente) en junio de 2021 a los nueve con-

denados a penas de prisión<sup>1</sup>. No sucediendo lo mismo con aquellos que se habían fugado a otros países, como el President Puigdemont, al no poder ser enjuiciados.

En julio de 2023 se celebraron elecciones generales y, tras los resultados, el Presidente del Gobierno (Pedro Sánchez) pactó con el Partido de Puigdemont (junto con la aquiescencia de otros grupos parlamentarios) aprobar una Ley de amnistía a cambio de su apoyo para ser investido presidente.

Finalmente, el 30 de mayo de 2024 el Congreso de los Diputados aprobó por 177 votos a favor y 172 en contra la *Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*. Título, por cierto, en mi opinión, poco afortunado porque no hace sino adoptar el lenguaje capcioso del independentismo catalán.

Así las cosas, una vez en vigor la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, el Código Penal pasaba a contar con una “nueva” causa de extinción de la responsabilidad penal en su art. 130.1.4º (junto al indulto). Si bien, en puridad, no era la primera vez que un Código Penal español contemplaba esta circunstancia. De hecho, como nos recuerda GONZÁLEZ CUSSAC, se trata más bien de una reintroducción, ya que estuvo vigente en España hasta el 24 de mayo de 1996 (art. 112.3 del Código Penal derogado en esa fecha)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Manteniéndose sólo las de inhabilitación.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La amnistía y los límites al *ius non puniendi*”, en SOLETO MUÑOZ, H.; LÓPEZ JIMÉNEZ, R.; ARNÁIZ SERRANO, A. y OUBIÑA, S. (Coords.): *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena, Valencia, Tirant lo Blanch*, 2024, p. 2242 (en prensa).

CARBONELL MATEU, en un artículo publicado en infoLibre titulado «Y ahora, amnistía», manifestó que “Negar que resulta necesaria una intervención desde el centro de la política española dirigida a superar la evidente tensión existente entre Cataluña y el Estado español es simplemente ignorar que el problema subsiste y que permanentemente reaparecerá en cuanto se den las mínimas condiciones para ello”<sup>3</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, no se trata de ignorar algo que, efectivamente, cabe reconocer que existe. Aunque ya esto debe ser matizado: ni conflicto, ni problema. Lo que se ha planteado es un órdago político y jurídico por parte de los dirigentes independentistas de una comunidad autónoma que tiene, según ellos, el anhelo de instaurar una república catalana (aun cuando realmente esto no sea compartido por todos los ciudadanos de esa comunidad, como sabemos, dividida casi a partes iguales en torno a esta cuestión).

Reivindicación histórica (tampoco tanto) aparentemente basada en sentimientos que, sin entrar a valorarlos, se les podría reconocer a buena parte (sino la mayoría) de esos ciudadanos catalanes que elección tras elección (al Parlament) depositan su voto con base en esa esperanza. Aspiración legítima (romántica diría yo) que, dicho sea de paso, desde mi punto de vista, sólo ha sido la coartada perfecta para que esos dirigentes políticos que han estado al frente de la Generalitat Catalana en uno u otro momento sólo hayan hecho que exprimir económicamente a los Gobiernos de España (de uno y otro color) generando desigualdades entre territorios obscenas que, para mayor sorna, no han hecho ni tan siquiera mejorar los servicios públicos de Cataluña, pero siguen pidiendo más y más... Son insaciables.

La solución a la “tensión entre Cataluña y el Estado Español” debe venir desde la Constitución, desde el respeto a la Ley y a las instituciones. No puede ser de otro modo en un Estado democrático de derecho. Pues es la ley la que nos hace iguales. Y no, en consecuencia, como algunos pretenden (y otros aplauden) desde tratos de favor injustificados e intolerables. La amnistía es un paso (o ejemplo) más, pero, cabe recordar que los líderes catalanes y de algunas organizaciones indepen-

dentistas ya fueron indultados por el Gobierno socialista de Pedro Sánchez. Pero, a pesar de estas prebendas, se sigue perseverando en la consecución del fin último: la instauración de la República Catalana.

¿Y cuál es a mi juicio la solución? Naturalmente, no la impuesta por las bayonetas. Sino la que prevé nuestra Carta Magna en el art. 168: plantear una reforma constitucional y, naturalmente, obtener los apoyos necesarios para lograrlo (mayoría parlamentaria y votación en referéndum nacional).

El remedio no puede ser recurrir a soluciones *ad hoc*, egoístas y profundamente insolidarias, y todo eso es lo que a mi juicio representa esta amnistía.

## II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA

### II.1. Como institución

Lo primero que se aduce por parte de quienes defienden la/esta amnistía es que no es la primera que tiene lugar en nuestro país. Si bien, la más reciente (la última) se adoptó en tiempos pre-constitucionales (1977). Por tanto, no creo que pueda servir de precedente. Una amnistía celebrada bajo una ausencia de marco jurídico democrático no puede tomarse como referencia para otra que sí se produce en tales circunstancias.

Además, a mi juicio, algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional referidos a la Ley 46/1977 no permiten avalar la constitucionalidad de la amnistía en abstracto<sup>4</sup>. No puede obviarse que se trata de sentencias sobre una Ley previa a la promulgación de la Constitución. Se afirma que, si la amnistía (en abstracto) fuera inconstitucional, el TC habría derogado la Ley 46/1977<sup>5</sup>. Pero, ello no tendría por qué haber sido así (no necesariamente) si cabía hacer una interpretación de aquélla acorde a la Constitución Española (como así se optó)<sup>6</sup>. Y, en consecuencia, no creo que se puedan extraer conclusiones más allá de que se trata de resoluciones en las que se falla sobre cuestiones particulares planteadas al albur de la aplicación concreta de la Ley de 1977. Y no un debate en el que se aborde

3 Disponible en: [https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/ahora-amnistia\\_129\\_1603412.html](https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/ahora-amnistia_129_1603412.html)

4 Pueden citarse las SSTC 63/1983, de 20 de julio; 76/1986, de 9 de junio; y, 147/1986, de 25 de noviembre.

5 Así, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC afirma que “desde la aprobación de la Constitución en diciembre de 1978, y hasta el 24 de mayo de 1996, la amnistía convivió pacíficamente con la Ley Fundamental sin que ninguna instancia jurisdiccional declarara su contrariedad a la misma”. Aun cuando acto seguido reconoce que resultaba una institución constitucionalmente sospechosa. Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La proposición de ley orgánica de amnistía: Primer movimiento”, en *El Levante*, 16 de noviembre de 2023.

6 Señala RUIZ ROBLEDO que “una ley de amnistía preconstitucional aprobada para acabar con las injustas consecuencias penales de una dictadura es perfectamente compatible con los valores constitucionales y supera el test de constitucionalidad de las leyes previas a 1978”. Cfr. RUIZ ROBLEDO, A.: “El fantasma de la amnistía se materializa en una Ley Inconstitucional”, en *El Español*, 14 de noviembre de 2023. De modo similar, para QUINTERO OLIVARES, “el dato de que el TC, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las amnistías de 1976 y 1977, no dijo nada en contra de aquellas amnistías que, además, eran preconstitucionales, solo demuestra que, aprobada la Constitución, nada había en ellas que impidiera incluirlas en el derecho de gracia constitucionalmente reconocido”. Vid., QUINTERO OLIVARES, G.: ¿Apoyo del Tribunal Constitucional a la ley de amnistía?, en *El Mundo*, 10 de octubre de 2023.

la constitucionalidad de la amnistía. Dicho con otras palabras, el “aval” constitucional a la Ley de amnistía de 1977 no puede suponer una entrada “por la puerta de detrás” a esta institución, como si de una inclusión tácita se tratara.

En segundo lugar, sostienen los partidarios de la amnistía que el vigente art. 666.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla como artículo de previo pronunciamiento la amnistía (o indulto). Pero, no podemos obviar que la norma es ¡de 1882! Algunos dirán que el citado precepto no ha sido derogado. Pero, no es infrecuente en nuestro ordenamiento jurídico que normas o instituciones que no están vigentes se mantengan por estar tácitamente derogadas. Podría citarse como ejemplos el art. 32 de la Ley del indulto que alude a la pena de muerte; o, el art. 69 CP que prevé un régimen de responsabilidad específico para menores que no se aplica. En cualquier caso, entiendo que una norma cuyo origen (y puede que sentido) tiene lugar en el siglo XIX no puede condicionar la validez constitucional (futura) de una institución no prevista en la CE.

Además, se puede traer a colación que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), al referirse en el art. 18 a la irrevocabilidad de las «resoluciones judiciales», hace referencia en su párrafo tercero a que lo son «sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey», términos de los que sólo cabe concluir que únicamente se hace referencia al indulto y no a la amnistía.

También se recurre al argumento de que en nuestro país se han aprobado con anterioridad varias amnistías fiscales. Pero, cabe recordar las dudas que siempre se han suscitado (piénsese en la última, de 2012) en torno a si éstas cubrían la responsabilidad por delito fiscal o, incluso de blanqueo de capitales. Por lo que no creo que puedan tomarse como verdadero ejemplo (o precedente). Ello, sin entrar a valorar si eran o no constitucionales (desde un punto de vista material)<sup>7</sup>.

Se invoca, por otro lado, 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, que, en su art. 3, prevé que cuando el delito esté cubierto por la amnistía en el Estado Miembro de ejecución, se denegará la orden de detención europea. Pero, como destaca GIMBERNAT ORDEIG, lo anterior “no quiere decir que, por que Es-

paña reconozca la eficacia de la amnistía en los países donde ésta, según su Derecho, es constitucional, también tenga que ser constitucional en España, algo que, como es natural, depende, sola y exclusivamente, de lo que haya regulado el Derecho español sobre esa institución”<sup>8</sup>. Por lo demás, sigue apuntado este autor que “la Ley española 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea establece que España denegará la entrega del sujeto reclamado que se encuentra en nuestro país, por sólo dos causas de extinción de la responsabilidad criminal: que, de acuerdo con los plazos y con los trámites de la legislación española, el delito por el que se le reclama esté prescrito [art. 32.1.b)] o que haya sido indultado [art. 48.1.a)], sin que dicha Ley mencione, para nada, como motivo de denegación de la entrega, que el delito haya sido amnistiado en España”.

Íntimamente ligado a lo anterior, se ha destacado que la amnistía se contempla en más de treinta acuerdos internacionales suscritos por España en materia de traslado de personas condenadas o extradiciones, teniendo más de veinte de ellos rango de tratado o convenio internacional, lo que implica una revisión previa sobre su plena constitucionalidad. GIMBERNAT ORDEIG pone como ejemplos dos de esos instrumentos en los que se alude a 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”<sup>9</sup>. Pero, como sucedía en el supuesto anterior, lo que se sigue del sentido literal de tales disposiciones es que la amnistía sólo puede ser concedida en aquellos países en los que la aplicación de esa medida de gracia es posible «conforme a su Constitución u otras disposiciones legales aplicables», no un reconocimiento implícito de que en España dicha institución sea admitida.

Se ha alegado también que el artículo 87.3 CE dispone que no procederá la iniciativa legislativa popular “en lo relativo a la prerrogativa de gracia”, de manera que “ nombra abiertamente ” la potestad legislativa en esta materia al excluirla exclusivamente de la iniciativa popular, de lo que a *contrario sensu* se infiere que la amnistía cabe “en las otras dos modalidades de iniciativa, la gubernamental (proyecto) y la parlamentaria (proposición)”<sup>10</sup>. Pero, particularmente, no creo que esa conclusión quepa extraerla de la dicción de ese artículo. Creo que es mucho presumir.

7 Cabe recordar que, por ejemplo, la de 2012 fue declarada inconstitucional, pero, por un aspecto formal (la vía legislativa empleada para su promulgación, el decreto ley).

8 GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Una crítica a la Proposición de Ley Orgánica de amnistía”, en *El Español*, 8 de enero de 2024.

9 Se trata del Convenio europeo de Traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983. Y el Convenio entre España y Cuba de 23 de julio de 1998.

10 ABEL SOUTO, M.: “Constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña”, *Revista General de Derecho Penal*, 2024, p. 15 (en prensa).

Asimismo, se ha defendido que si las Cortes pueden derogar —expulsar del ordenamiento jurídico— un precepto penal (de forma que la conducta dejará de ser delictiva) ¿cómo no van a poder amnistiar si esto último tiene menor alcance? La respuesta a mi juicio es sencilla: derogar un precepto del Código Penal entra dentro de la función legislativa de las Cámaras. Por el contrario, amnistiar supone entrometerse en una función que no les ha sido asignada, la jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). Se corrige, pues, una decisión judicial ya tomada o se impide que se lleve a cabo<sup>11</sup>. De forma que, si los jueces no pueden crear Derecho, tampoco el Parlamento puede decidir cuando una conducta previamente adoptada por éste (con toda la legitimidad democrática) se deja de perseguir, de castigar o exonerarse. Salvo que se recurra a otro tipo de justificación que habilite a ello. Téngase en cuenta, además, que, por ejemplo, la derogación de un delito por las Cortes despliega una eficacia *erga omnes*; esto es, afecta a todos los que se encuentren en una misma situación. Mientras que no sucede lo mismo con la amnistía (que por definición suele beneficiar a menor número de sujetos) de forma que ésta lo que despliega es un impacto claramente discriminatorio que atenta contra el principio de igualdad (que sólo puede quedar excepcionado por motivos realmente de peso, no como los que falsamente se nos presentan en esta Ley Orgánica).

En otro orden de cosas, CARBONELL MATEU destaca que para algunos la prohibición de los indultos generales comporta la de la amnistía porque quien prohíbe lo menos prohíbe lo más. Y que entre amnistía e indulto general hay, dicen, una relación cuantitativa. Siendo para el citado autor “un argumento falaz, pues ambas manifestaciones del derecho de gracia tal como eran contempladas históricamente tienen hoy una significación muy distinta. El indulto general es un perdón caprichoso del gobernante arbitrario con motivo de algún hecho que, sobre todo para quien lo otorga, puede resultar dichoso. A diferencia del indulto particular abandona toda lógica político-criminal y toda pretensión de Justicia. Por eso, la Constitución española, en su artículo 62 i, prohíbe su concesión y exime consecuentemente al Jefe del Estado de la obligación de firmar una propuesta que obviamente contradice su contemplación constitucional. La amnistía es, por el contrario, una decisión adoptada por las Cortes Generales a través del procedimiento establecido para una Ley

Orgánica. Representa, por tanto, la voluntad general y tiene rango de ley orgánica por lo que obliga a todos los poderes públicos”.

Efectivamente, para mí la diferencia no es cuantitativa. Es cualitativa: por los efectos, la extensión. Veámoslo.

Lo primero que cabría decir es que nuestra CE no recoge qué cabe entender por indulto general. Pero se puede deducir su significado por contraposición al indulto particular. El primero iría dirigido a una generalidad (indeterminada) de personas, mientras que en el segundo se verían beneficiadas personas con nombre y apellidos.

Aquí la duda reside en si la tajante prohibición de los indultos generales obedece a que no se quiere conceder al ejecutivo una potestad mayor a la de indultar a personas concretas o porque se trata de un poder arbitrario. En este sentido, a diferencia de la Ley del indulto (de 18 de junio de 1870) que regula el indulto particular (parcial o total), no disponemos de una norma que regule el procedimiento para conceder los indultos generales aun cuando técnicamente se podría hacer. Por eso, en nuestra opinión, el constituyente de 1978 excluye la posibilidad de conceder indultos generales por razón de su extensión (que no la considera oportuna). No porque el indulto general tenga que ser per se un acto arbitrario o extramuros de la ley y sin fiscalización por parte del poder judicial. Lo es en nuestro caso porque así lo dice la CE. Pero nada más.

Algunos podrían ver que esta restricción que la CE fija lo es sólo para el Gobierno —el ejecutivo— (que es quien indulta). De forma que no serviría para la prohibición de la amnistía, que adoptaría la forma de Ley (Orgánica) y sería aprobada por el legislativo. Pero no es así, porque en el caso del indulto particular disponemos de una Ley que se encarga de concretar cómo debe ejercitarse esa medida de gracia. Esto es, no creo que pueda asociarse la noción de indulto general a la idea de arbitrariedad. Pues, también podría serlo el indulto particular si el ejecutivo tuviera vía libre para concederlo (y no es así).

Pero, aun asumiendo la tesis de que el indulto general es un acto que, por ser absolutamente arbitrario, está proscrito constitucionalmente, la pregunta que debiéramos plantearnos es: si se prohíben los indultos (generales) por estar fuera de todo control judicial aun cuando (como indulto) tengan una eficacia jurídica menor que la amnistía (que borra la existencia del delito, no sólo

11 Cuando se despenaliza (por el Parlamento) una determinada conducta y se produce una revisión de condenas previas se está también, es verdad, “rectificando” esa decisión judicial que en su día se tomó de acuerdo con el entonces derecho vigente. Pero, es que esa posibilidad la contempla expresamente nuestra CE. Recordando, dicho sea de paso, que la eficacia retroactiva favorable al reo en otros países de nuestro entorno está mucho más restringida. Y, además, la revisión en casos de derogación de determinados preceptos es “consecuencia de...” (de la expulsión de unas normas del ordenamiento punitivo), pero, en la amnistía es la propia institución la que despliega esos efectos.

de la pena), ¿podría ésta asumirse constitucionalmente —a pesar de que la CE no la menciona— siendo conscientes de que el alcance jurídico es mucho mayor que un indulto por mucho que la amnistía fuera un acto reglado y sometido al control de los tribunales? Creo que no. Obsérvese en este sentido que los efectos de la amnistía alcanzan a cuestiones como la supresión de los antecedentes o incluso la ausencia de responsabilidad civil. Cosa que el indulto no hace.

Por último, debo advertir que esa definición de la amnistía que expone CARBONELL MATEU (y que comparto) no tiene respaldo legal en nuestro ordenamiento jurídico (por no estar expresamente contemplada). Y, por tanto, podría ser así o de otra manera. No lo sabemos. Por ello, una vez más, creo que más que una diferencia procedimental entre ambas instituciones (indulto general y amnistía) existe una sustanciosa diferencia de alcance jurídico. Y esto es lo que nos hace afirmar que si “lo menos” está prohibido (los indultos generales), no puede permitirse “lo más” (la amnistía)<sup>12</sup>. Esto es, a mi modo de ver ambas figuras permitirían la extinción de responsabilidad penal de un conjunto de personas indeterminadas (a diferencia del indulto particular), pero, con unos efectos jurídicos de distinto calado. Sin embargo, no parecía entenderlo así la CE de 1931, la cual en su art. 102 permitía la amnistía y prohibía los indultos generales.

A pesar de lo anterior, y porque soy consciente de que lo dicho más arriba no es compartido por algunos compañeros, exploraré otras argumentaciones.

El problema está en el silencio que guarda nuestra CE<sup>13</sup>. Si pretendiéramos normativizar los indultos ge-

nerales, aun cuando se siguiera un procedimiento de tramitación parlamentaria, control judicial, etc. seguirían siendo inconstitucionales.

Pero, con la amnistía, las dudas son razonables: tanto en un sentido como en otro. Esto es, a favor de su admisibilidad o en contra de ésta.

Que todo lo que no se contempla en la CE está prohibido es algo que no se sostiene. Este argumento es inasumible. Sería inabarcable que la CE recogiera todo aquello que se puede o no hacer (para eso también existen otras fuentes de producción normativa). Pero, también sucede lo mismo a la inversa: no podemos afirmar que todo aquello sobre lo que la CE no se pronuncia es jurídicamente viable.

Por ello, a nuestro juicio, resulta absolutamente imprescindible e irremplazable que, para despejar tales dudas (ambas razonables) fuera la CE la que zanjara tal discusión. Una institución de tal calado como la amnistía debe quedar, en mi opinión, recogida en el texto constitucional sin ambages.

Mi posición, pues, como puede vislumbrarse de lo anterior no es un alegato frontalmente contrario a la amnistía como causa de extinción de la responsabilidad penal. En otros Estados democráticos así se prevé. Y, aunque, a mi modo de ver, no puede negarse que la amnistía (al igual que el indulto) afecta claramente a la separación de poderes<sup>14</sup> al suponer una injerencia del legislador sobre el judicial (a quien corrige); y, también atenta contra el principio de igualdad<sup>15</sup> dado que quienes se benefician de tal derecho de gracia carecerán de responsabilidad penal a pesar de que hayan cometido uno o varios delitos (cuando otros tendrían

12 En igual sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Indultos generales y amnistías”, en *ABC*, 24 de septiembre de 2023.

13 Que en los debates previos a la aprobación de la CE se optare por no mencionar expresamente la amnistía (se rechazaron dos enmiendas) no es un argumento de suficiente peso, considero yo, como para aseverar que no se quiso prever. Los motivos para que ello finalmente no sucediera pueden obedecer a criterios de muy diversa naturaleza (no necesariamente jurídicos). Al igual que tampoco podría considerarse un dato concluyente que en el CP de 1995 no se incluyese entre las causas de extinción de la responsabilidad penal la amnistía (que sí estaba en el Código Penal franquista). Pero, si consideramos que se trata de indicios que podrían avalar la tesis contraria a la constitucionalidad. A este respecto, señala GONZÁLEZ CUSSAC que en el CP de 1995 ante la duda de constitucionalidad se optó por expulsarla del ordenamiento punitivo. Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La amnistía...”, *op. cit.*, p. 2242.

14 No lo concibe así GONZÁLEZ CUSSAC, para quien la amnistía deja sin efecto una resolución jurisdiccional, pero no puede decirse sin más que invada competencias de “la Justicia”, sencillamente porque la Administración de Justicia compete a los tres poderes del Estado. Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La amnistía...”, *op. cit.*, p. 2239. En sentido próximo, FARALDO CABANA entiende también que no se produce una trasgresión de la separación de poderes ya que “es el propio legislador quien acuerda una excepción a la ley penal que él mismo ha aprobado y cuya vigencia mantiene una excepción limitada tanto en su ámbito temporal como material”. Vid. FARALDO CABANA, P.: “Dos cuestiones sobre la amnistía: admisibilidad y efectos”, en SANTANA VEGA, D.; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.; CARDENAL MONTRAVETA, S.; CARPIO BRIZ, D. y CASTELLVÍ MONSERRAT, C. (Dirs.): *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022*, p. 187.

15 En el Auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 1 de la Ley de amnistía, la Sala Segunda del Tribunal Supremo recurre a una amplia y acertada justificación sobre el por qué esta norma atenta contra el principio de igualdad (y no discriminación) y el de seguridad jurídica. Sin embargo, siendo esto así, ya hemos dicho que la quiebra de esos principios puede producirse si ello redunda en un beneficio mayor a los valores sacrificados (eso sí, de forma muy excepcional). Quizás, hubiere sido interesante que el Tribunal hubiere aportado argumentos suficientes para defender (como creo yo) que no existía ninguna razón ni justificación seria que condujera a adoptar esta decisión. Porque, insisto, evidenciar tal conculcación de principios constitucionales básicos no es suficiente (aunque sí necesaria), se necesita desmontar los falaces argumentos empleados por el legislador en el Preámbulo de la LO.

que asumirla)<sup>16</sup>, se trata —entiendo yo— de una excepción que si pueden encontrar justificación en un Estado democrático (falta de necesidad de pena, etc.)<sup>17</sup>. Pero, precisamente, por lo excepcional de la situación, considero que ello debe quedar reflejado en nuestra Constitución. Es cierto que el Código Penal contempla causas que permiten (diremos en términos generales) eximir de responsabilidad penal en muy diversas situaciones (eximentes, excusas absolutorias, causas de extinción), pero, ninguna de ellas de la trascendencia que supone la amnistía.

Es por ello por lo que considero que debemos discurrir hacia una solución “a la italiana” (entre otros ejemplos). El art. 79 de la Constitución Italiana establece que la amnistía (y el indulto) serán aprobados por la mayoría de los dos tercios de los miembros de cada Cámara, en cada uno de sus artículos y en la votación final<sup>18</sup>. En este sentido, estimo necesaria la concurrencia de una previsión expresa en la CE y de mayoría cualificada (absoluta) de 2/3 o 3/5 para su aprobación. Esto podría llevarse a cabo con una simple mención en la CE o regulando en ella los elementos esenciales. Incluso no vería con desagrado la promulgación de una Ley Orgánica (general) que recogiera todos los aspectos relativos a su aprobación y aplicación (qué se puede amnistiar, quién puede hacerlo, cuándo, cómo, etc.).

Tampoco veo descabellada, al revés, la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, quien defiende que “teniendo en cuenta el carácter cuasi-constitucional de una ley de amnistía, hay razones para proponer que se someta a referéndum”<sup>19</sup>.

## II.2. La constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio

Al sostener, como he hecho, que no hay habilitación constitucional para la amnistía, ya no tiene sentido examinar si la ley (la concreta propuesta) es o no constitucional. Pero, sería un análisis que, naturalmente, en caso de defender su constitucionalidad, habría que hacer<sup>20</sup>.

La cuestión es: ¿cuándo se puede afirmar que una ley de amnistía respeta la CE o es contraria a ésta?

El TC no se ha pronunciado de momento sobre esta cuestión porque no se le ha planteado. De forma que hoy por hoy carecemos de parámetros que nos permitan llevar a cabo tal juicio de constitucionalidad.

Por tanto, deberíamos acudir al canon general de constitucionalidad que el TC viene aplicando en materia penal; y, luego, examinar los concretos artículos de la Ley por si presentaran algún vicio de constitucionalidad.

### II.2.1. Test de constitucionalidad (en abstracto)

Lo primero que debo advertir es que estamos acostumbrados a llevar a cabo este análisis cuando se trata de examinar si una medida restrictiva de derechos fundamentales (como es la imposición de una pena o medida de seguridad por un hecho delictivo) supera o no el test de constitucionalidad que tradicionalmente viene exigiendo el TC. Pero, no es este el caso. Sino que aquí sucede al revés. Se trata de analizar si una medida de gracia (como la amnistía) que extingue la responsabilidad penal se adecua a dicho canon.

16 Por el contrario, ABEL SOUTO considera que “la Ley de amnistía para vulnerar el principio de igualdad por discriminación tendría que excluir a personas en las que concurrieren los mismos requisitos que en los beneficiarios”. Cfr. ABEL SOUTO, M.: “Constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024...”, op. cit., p. 20. En mi opinión, esa sería una conculcación específica (individual) del principio de igualdad. Pero, este principio no sólo puede conculcarse de dicha forma. No se trata de que a un condenado independentista se le aplique la amnistía y a otro no (estando en las mismas circunstancias), sino que aquí a éstos se les perdonará el delito de desobediencia (por ejemplo) y a otros (no procesados o enjuiciados en la causa del Proceso) no.

17 Señala al respecto LASCURAÍN SÁNCHEZ que: “En la amnistía, en toda amnistía, habitan la desigualdad, la inseguridad jurídica y la desprotección de la sociedad. Son graves costes constitucionales que desde luego no niegan siempre su legitimidad (...), pero la limitan sobremedida. Una ley de amnistía solo es democráticamente justificable si es necesaria para alcanzar beneficios sociales que sean aún más drásticos que sus elevados costes y que resulten seguramente alcanzables en su virtud. Para realizar esta ponderación, para cerciorarnos de que el negocio es constitucionalmente ventajoso, no sobrará desde luego ni la concurrencia de consenso social (...) ni el descarte de todo asomo de autoamnistía”. Vid., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: “¿Amnistía? Sí, pero no”, en *El Mundo*, 27 de octubre de 2023. También FARALDO CABANA considera que la amnistía afecta a la seguridad jurídica y al derecho a la tutela judicial efectiva, razón por la cual entiende que la aprobación de una ley de amnistía debe hacerse “en condiciones que garanticen la igualdad y la proporcionalidad”. Vid., FARALDO CABANA, P.: “Dos cuestiones sobre la amnistía...”, op. cit., p. 18.

18 “La amnistía y el indulto serán otorgados por ley aprobada por una mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara, en cada uno de sus artículos y en la votación final. La ley por la que se conceda la amnistía o el indulto establecerá el plazo de aplicación de los mismos. La amnistía y el indulto no podrán aplicarse nunca a los delitos cometidos después de la presentación del proyecto de ley”. Disponible en: [https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione\\_SPAGNOLO.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_SPAGNOLO.pdf)

19 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Sinrazones para la amnistía”, en *ABC*, 4 de septiembre de 2023.

20 Así lo pone de manifiesto FARALDO CABANA, para la cual la amnistía sí tiene cabida en nuestra Constitución. Cfr. FARALDO CABANA, P.: “Dos cuestiones sobre la amnistía...”, op. cit.,

El primero de los parámetros, el de *adecuación* al fin legítimo que persigue la norma, creo que no presentaría mayor problema. Está claro que —tal y como se justifica por el legislador— existe ese fin legítimo (restablecer la convivencia en Cataluña, interés general, etc.). Y que la medida (la amnistía) es un medio idóneo para lograrlo.

En cuanto a la *necesidad* de la amnistía, esto es, que no exista otra medida de menor impacto en principios democráticos básicos (como el de igualdad, separación de poderes, justicia, etc.) que permitiese conseguir el mismo objetivo, cabría hacer dos precisiones. Una, que sí existe otra alternativa para evitar que los condenados o sujetos que pudieran serlo no estuvieran en prisión o no cumplieran otras penas: la figura del indulto es (y ha sido) apta para ello. Y, dos, que ya puestos defendamos que si lo que existe es un “conflicto político” entonces debe ser en ese terreno en el que se proporcionen las soluciones “políticas”, que no jurídicas: por ejemplo, pactar un referéndum.

En tercer lugar, respecto del principio de *proporcionalidad* (en sentido estricto), esta Ley presenta algunos elementos que me hacen sostener que sí se ajusta a dicho parámetro, pues, hay un marco de aplicación geográfico, temporal y objetivo acotado. Y algunos de sus efectos (p.e. sobre la responsabilidad civil) son limitados<sup>21</sup>. Aun así, este es el criterio que peor se compeadece con la finalidad de la amnistía. Porque los efectos jurídicos que despliega esta institución *per se* son tan amplios que si se redujesen para hacer la amnistía proporcional habría que limitar su alcance (lo que sería un contrasentido o la convertiría en casi un indulto): por ejemplo, si pretendiéramos que los antecedentes penales persistieran, que determinadas penas no fueran amnistiables (como la PPR), etc.

### II.2.2. Análisis del contenido (en concreto)

De lo anterior se deduce que, mientras no haya restricciones relativas a qué tipo de delitos se pueden o no amnistiar, a quiénes se puede amnistiar, en qué condiciones, período aplicable, bajo qué razones (de interés general, de justicia), etc., entiendo que el TC se mostraría respetuoso con la decisión política del legislador. Siempre y cuando (claro está) no se vulnerase algún precepto concreto del texto constitucional.

Es por ello por lo que, particularmente, creo que la Ley (vigente) sería constitucional (si hubiere un marco jurídico que así lo permitiese). Esto es, por su conteni-

do. En este sentido, el debate sobre qué delitos se amnistían y cuáles no, el período que cubre, los hechos (o contexto) que se toma de referencia y otros elementos, debe trasladarse al ámbito de la crítica política (donde podrían surgir discrepancias que seguramente obedecerían a cuestiones ideológicas, pragmáticas, de oportunidad, etc.) pero, no a su (in)constitucionalidad.

Veamos, pues, cuáles son las razones que me llevarían a afirmar la constitucionalidad de la Ley de amnistía (por su contenido).

- La Ley presenta un marco temporal acotado:
  - a) actos ejecutados entre el 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023 (art. 1.1).
  - b) los actos cuya realización se hubiera iniciado antes del día 1 de noviembre de 2011 únicamente se entenderán comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley cuando su ejecución finalizase con posterioridad a esa fecha. Los actos cuya realización se hubiera iniciado antes del día 13 de noviembre de 2023 también se entenderán comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley aunque su ejecución finalizase con posterioridad a esa fecha (art. 1.3).

Con todo, la indefinición temporal que *a priori* contiene el art. 1.3 de la Ley podría suscitar dudas acerca de si atenta contra el principio de seguridad jurídica. Si bien, a mi juicio, no es así. O no al menos como para fundar una tacha de inconstitucionalidad de forma contundente. Creo que se trata de un período que, si bien en abstracto parece indeterminado, puede ser determinable en el caso concreto. La crítica que podría hacerse, en su caso, es si desde un punto de vista técnico-jurídico ésta es la mejor solución. Ahora bien, esa “indefinición” (que puede despejarse en el caso concreto) si se aproxima y mucho a una falta de taxatividad y, por ende, estaría rozando la inconstitucionalidad (aunque insisto que, en el caso concreto, podría salvarse).

Ahora bien, entiendo que este apartado sí podría ser declarado inconstitucional si se entendiese que no puede promulgarse una amnistía *sine die* (abierta). Aunque considero que se podría hacer una interpretación acorde a la Constitución si, por ejemplo, se exigiese que el lapso de tiempo entre el inicio de la conducta y su ejecución fuere razonable.

En cualquier caso, como sostiene PÉREZ DEL VALLE, “la amnistía es, conceptualmente, la extinción de la acción penal respecto a hechos concretos cometidos hasta un momento determinado; una proyección de la

<sup>21</sup> El art. 8.1 LOA declara que quedarán extinguidas las responsabilidades civiles derivadas de los actos descritos en el artículo 1.1 de esta ley, salvo aquellas que ya hubieran sido declaradas en virtud de sentencia firme y ejecutada. Por tanto, en este último caso, la Ley no tiene eficacia retroactiva. Y, podría haberlo tenido sin mayor problema. De igual modo, el art. 8.2 LOA establece que la amnistía dejará siempre a salvo la responsabilidad civil que pudiera corresponder por los daños sufridos por los particulares (aun cuando no la puedan reclamar en un proceso penal).

amnistía hacia el futuro como la que se pretende es, según creo, contradictoria con su propia naturaleza”<sup>22</sup>.

- La Ley fija un ámbito material:

- a) actos ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias.

- b) así como las siguientes acciones ejecutadas 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:

- 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. En todo caso, se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación, únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el primer párrafo de esta letra, directamente o a través de cualquier entidad pública o privada, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento<sup>23</sup>, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad. También se entenderán comprendidas en este supuesto aquellas actuaciones desarrolladas, a título personal o institucional, con el fin de divulgar el proyecto independentista, recabar información y adquirir conocimiento sobre experiencias similares o lograr que otras entidades públicas o privadas prestaran su apoyo a la consecución de la independencia de Cataluña. Asimismo, se entenderán comprendidos aquellos actos, vinculados directa o indirectamente al denominado proceso independentista desarrollado en Cataluña o a sus líderes en el marco de ese proceso, y realizados por quienes, de forma manifiesta o constatada, hubieran prestado asistencia, colaboración, asesoramiento de cualquier tipo, representación, protección o seguridad a los responsables de las conductas a las que se refiere

el primer párrafo de esta letra, o hubieran recabado información a estos efectos.

- 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. En todo caso, se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación, únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el párrafo anterior, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad.
- 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. En todo caso, se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de prevaricación o cualesquiera otros actos que hubieran consistido en la aprobación o ejecución de leyes, normas o resoluciones por autoridades o funcionarios públicos que hayan sido realizados con el propósito de permitir, favorecer o coadyuvar a la celebración de las consultas populares a que se refiere la letra b) del presente artículo. También quedarán amnistiados los actos de desconsideración, crítica o agravio vertidos contra las autoridades y funcionarios públicos, los entes e instituciones públicas, así como sus símbolos o emblemas, incluidos los actos llevados a cabo a través de la prensa, de la imprenta, de un medio de comunicación social, de internet o mediante el uso de re-

22 PÉREZ DEL VALLE, C.: “¿Amnistía como ley general?”, *Diario La Ley*, núm. 10415, 2023.

23 El art. 1.4 de la Ley matiza que: “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”.

des sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, así como en el curso de manifestaciones, asambleas, obras o actividades artísticas o educativas u otras de similar naturaleza que tuvieran por objeto reivindicar la independencia de Cataluña o la celebración de las consultas a las que se refiere la letra b) o prestar público apoyo a quienes hubieran ejecutado los actos amnistiados con arreglo a esta ley.

- 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.
- Las acciones realizadas en el curso de actuaciones policiales dirigidas a dificultar o impedir la realización de los actos determinantes de responsabilidad penal o administrativa comprendidos en este artículo.
- 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.
- c) Los actos amnistiados lo serán cualquiera que sea su grado de ejecución, incluidos los actos preparatorios, y cualquiera que fuera la forma de autoría o participación (art. 1.2).

La Ley no concreta, en consecuencia, qué delitos son amnistiados. Sino que, como hacía la Ley de 1977, únicamente se delimita el tipo de "actos". Tan sólo en aquellos casos que no estén relacionados con las consultas se especifica qué delitos quedan sí o sí comprendidos, lo que no cierra la posibilidad a otros. Dicho de otro modo, todos los delitos (salvo los que quedan expresamente excluidos) son susceptibles de amnistía. ¿Es esto inconstitucional?

Considero que no. Es decir, no creo que quede vetada una amnistía que cubra muchos delitos y se avale otra porque abarque menos infracciones. El mayor o menor alcance de la amnistía no creo que sea un parámetro para enjuiciar su constitucionalidad (en mi opinión) porque, precisamente, estimo que es consustancial a esta institución que la misma puede utilizarse para desplegar tales efectos. No habría, pues, vulneración del principio de legalidad.

Y, tampoco creo que afecte esto último a la calidad técnica de la Ley. Si bien, podría ser recomendable. Las dos opciones son, a mi juicio, adecuadas desde un punto de vista técnico-legislativo.

Por el contrario, la falta de taxatividad que se observa en la descripción de algunos de esos actos sí puede suponer, en mi opinión, un atentado al principio de legalidad penal<sup>24</sup>.

- Delitos excluidos (art. 2):
  - 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

24 De opinión contraria GONZÁLEZ CUSSAC, para quien de los déficits de taxatividad o de la indeterminación relativa a los actos amnistiados que afecten al principio de legalidad no se puede derivar su inconstitucionalidad, porque "es obvio que al recaer sobre el recurso al *ius non puniendi*, podría decirse que la indeterminación es a favor de reo". Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: "La amnistía...", *op. cit.*, p. 2247. Por el contrario, a mi modo de ver, no creo que se erija como un parámetro válido para medir la afectación al principio de legalidad que el déficit de taxatividad beneficie o no al reo. Se valora la ausencia de claridad del precepto para enunciar la inconstitucionalidad, no las consecuencias (o efectos) positivos o negativos que ello acarree.

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 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. Bajo nuestro punto de vista, lo único que puede resultar controvertido son las excepciones o condiciones que se establecen en algunos de los delitos excluidos (limitándolos). Así, en casos de terrorismo, se exige que *“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”*. En este sentido diré que, mientras la normativa internacional, europea, etc., no establezca que dichos delitos no podrán amnistiarse en ninguna circunstancia, la Ley sería en este

punto constitucional. Y lo mismo cabría decir respecto de la letra f). De hecho, ese margen de apreciación que se observa —también sucede con la letra b)— no creo que pueda cuestionarse ni tan siquiera desde un punto de vista técnico-jurídico, pues, como sucede en otras ocasiones, entra dentro de una discrecionalidad judicial asumible. Así las cosas, por ejemplo, la determinación del legislador de incluir en la amnistía algunos delitos de terrorismo debe ser criticada como decisión política.

- Otras cuestiones:

La regulación de la amnistía no se agota con lo anterior. De ser así, podríamos concluir fácilmente que la Ley fuera inconstitucional al adolecer de un contenido mínimo esencial para su aplicación. Pero, no es esto lo que sucede. Al contrario, se regulan, además, aspectos tan importantes como los efectos (sobre la responsabilidad penal, administrativa, civil, contable), de carácter procedimental, de competencia, y en materia de recursos.

Pues bien, a mi juicio, ninguno de esos elementos presenta tacha alguna de inconstitucionalidad.

### II.3. Sobre la aplicación de la ley

Llegados a este punto sólo quiero advertir que, aun cuando concluyéramos que la amnistía es constitucional; y, que la presente Ley también lo es, ello no sería óbice para apreciar una aplicación por parte de los jueces y tribunales que se apartara de los dictados de la CE. Y, viceversa, que, habiendo dudas sobre la constitucionalidad de alguno de sus elementos, ésta se pudiera salvar haciendo una interpretación acorde a la constitución.

## III. LA LEY DE AMNISTÍA DESDE UNA PERSPECTIVA TÉCNICO-JURÍDICA

En primer término, nos limitaremos a realizar una valoración general sobre la calidad técnica de esta Ley. A este respecto, si la comparamos con la de 1977 (que contempla una parca regulación)<sup>25</sup>, queda claro que ésta es una buena Ley (técnicamente hablando)<sup>26</sup>. Esto es, se aborda la regulación de la amnistía desde una visión integral. Si bien, dicho sea de paso, tampoco es la panacea.

En términos generales, considero que es una ley cuidada. Es una Ley bastante precisa —con alguna salvedad—. Que no presenta incoherencias insalvables.

25 Vid. ampliamente, sobre esta cuestión, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Releyendo la Ley de Amnistía de 1977. Efectos jurídicos e interpretaciones erróneas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-20, 2023, pp. 1-50.

26 De esta misma opinión, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La proposición de ley...”, *op. cit.*

Y lo suficientemente desarrollada como para poderse aplicar por los jueces y tribunales sin demasiadas reticencias, más allá de las dudas que en casos concretos (de cierta complejidad) puedan surgir (pero como en cualquier otra Ley).

A pesar de lo anterior, sí que queremos destacar que tanto en un plano sustantivo como procesal existen algunos aspectos que nos plantean ciertos reparos. Aludiremos brevemente a ellos a continuación.

### III.1. Aspectos sustantivos

Las cuestiones que a continuación enumeramos han sido puestas de relieve por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe emitido sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Amnistía. No se citan todas las contenidas en dicho informe, sino sólo las que comparto y subsisten en la Ley Orgánica de Amnistía:

- No resulta muy razonable referirse a las consultas y al proceso independentista como si se tratara de hechos diferenciados.
- En el primer párrafo del art. 1.1 no se exige que los actos amnistiables relacionados con las consultas celebradas en Cataluña cumplan con determinadas condiciones. A diferencia de lo que sucede con las «las acciones ejecutadas... en el contexto del denominado proceso independentista»; lo que equivale a considerar que, para las acciones ejecutadas en el contexto de las consultas, no rigen los condicionantes que se imponen en las letras a)<sup>27</sup>, b)<sup>28</sup>, c)<sup>29</sup> y d)<sup>30</sup>. Pretender que todas las acciones generadoras de responsabilidad sancionadora cometidas en el marco de las consultas queden comprendidas en la amnistía es darle un ámbito que excede incluso de la misma finalidad que el legislador pretende con la ley proyectada. Hasta tal punto que cuando en los párrafos se establecen esas condiciones para determinar el ámbito del derecho de gracia, se hace expresa referencia a las consultas (letra b).
- Vincular la amnistía a los actos que se ejecuten en el «marco» de las consultas o en el «contexto» del proceso, genera confusión porque son térmi-

nos imprecisos. En ese marco o en ese contexto se han podido cometer delitos de la más variada tipología, estén o no vinculados directamente con tales proceso o consultas, y es evidente que no a todos ellos puede aplicarse la amnistía, sino solo a aquellos que tengan una vinculación directa con aquellos acontecimientos. Como aconseja la Comisión de Venecia en el informe a la PLOA «debe existir un vínculo causal intrínseco» entre la acción generadora de responsabilidad sancionadora y los fines de la amnistía, es decir, el proceso independentista. Pero esa vinculación no puede centrarse en la intención del agente, sino en la propia acción; es decir, no es suficiente que el sujeto que se beneficia de la amnistía haya ejecutado la acción punible con la intención de servir al proceso independentista, sino que la misma finalidad del delito cometido tenga esa finalidad.

- La necesidad de apreciar la intencionalidad del sujeto, en vez de la finalidad del propio delito, que para delimitar la amnistía se establece en el art. 1.1 comporta la necesidad de acreditar en el proceso ese elemento interno del sujeto que ni se requiere, con carácter general, en la descripción de los delitos en el Código Penal ni es fácil acreditar ante los tribunales que deban aplicar la ley proyectada.

Como sostiene el CGPJ en su Informe, el Código Penal lo que penaliza o excluye de la penalización no son los fines o intencionalidades ideológicas del sujeto, ya que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el alemán, en el ordenamiento español no rige el principio de democracia militante, sino que se tipifican determinados hechos como delitos, con independencia de cuál sea el móvil o intencionalidad política que les impulse a aquella comisión, si bien sí se contemplan en el ordenamiento penal para determinados delitos fines específicos que deben ser abarcados por el dolo del sujeto.

Pero, además, si el precepto impone considerar esa intencionalidad se está obligando a los jueces a indagar sobre ella, lo cual requiere una serie de

27 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...

28 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...

29 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...

30 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...

actuaciones jurisdiccionales de las cuales no se podrá prescindir, por lo que, pese a lo que parece pretender el legislador, la concesión de la amnistía no podrá realizarse con la premura y sumariedad que se percibe en el art. 10 de la LOA.

- En el art. 1.1 c) se hace mención a “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*”.

Respecto de esta cláusula tenemos dudas acerca de si el problema es de técnica legislativa o de constitucionalidad. Y es que, en realidad, no se genera incertidumbre sobre qué delitos cabe incluir (que afectaría a la primera), sino que permite abarcar cualquier delito. Y, es precisamente esto lo que nos genera un profundo rechazo (en términos de constitucionalidad).

- En el art. 1.1 d) se alude a 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.

Como subraya el CGPJ en su informe, esa intencionalidad específica (“mostrar apoyo”) parece no necesita estar acompañada por la finalidad secesionista, pudiendo estar guiadas las conductas amnistiadas en este apartado no por la intención de conseguir la independencia, sino por meras simpatías hacia determinados líderes políticos o, en una mayor desconexión del contexto excepcional construido por la norma, hacia familiares o amigos encausados. En definitiva, se produce nuevamente una injustificada extensión de la amnistía para abarcar delitos que no necesariamente tienen una vinculación real con la situación de hecho excepcional que fundamenta todo el texto proyectado.

- La ampliación de la amnistía en el art. 1.1.f) a los actos perpetrados en el contexto del denominado proceso independentista catalán por los colaboradores (quienes hubieren favorecido, procurado o facilitado la comisión de delitos objeto de amnistía), sin mayores exigencias es contraria a la misma naturaleza de las acciones que integran esos

actos de colaboración. Parece obligado que, si a los autores se les exige esa *intencionalidad* de la que hablábamos antes (contenida en las letras a, b, c, y d, del art. 1.1) excluirla a los colaboradores carece de todo fundamento. Y, dado que a estos cooperadores no se les exige ya la intencionalidad de que su contribución esté motivada por la consecución de la independencia de Cataluña, esto conduce a la conclusión de que cualquiera que facilite los actos independentistas, llevado exclusivamente, por ejemplo, por un simple ánimo de lucro, quedará exento de responsabilidad criminal.

Además, se emplean términos (sobre autoría y participación) que no se recogen en los arts. 27 y 28 CP. Advirtiéndose que ya en las letras a) y b) del art. 1.1 se alude a: “*así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos*” y “*así como aquellos que hubieran contribuido a su consecución*” (respectivamente).

Y, en este supuesto, la ley no sólo cubre los actos que resultan amnistiables, sino “*cualesquiera otros que fueran materialmente conexos con tales acciones*”. Tratándose, en consecuencia, de una previsión que no se contempla para otros supuestos de autoría o participación. Ni tampoco cuando las conductas amnistiables lo fueran “en el marco” de las consultas (sólo en el contexto del denominado proceso independentista catalán).

Más allá de que no se especifica qué debe entender por delitos *materialmente conexos*. A este respecto, el CGPJ en su informe señala que no existe un concepto “material” de conexidad, porque ésta tiene en realidad un fundamento puramente procesal (autoriza el enjuiciamiento conjunto de delitos en los supuestos del art. 17.2 LECrim que, como este artículo establece de forma explícita, define la conexidad únicamente “a los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia”). Para el CGPJ, una interpretación posible sería entender que son “conexos materialmente” los delitos a los que resulta aplicable alguno de los criterios del art. 17.2 LECrim. La otra posibilidad pasaría por interpretar que la “conexidad material” hace referencia a una interrelación e imbricación tan profunda entre los delitos que no resulte posible un enjuiciamiento separado, normalmente porque uno de ellos aparece como parte del otro, o existe un concurso real o medial, y cada conducta delictiva es necesaria para definir la posible comisión de otra conducta delictiva. Pero, en conclusión, puede señalarse que el precepto comporta tales

dificultades de interpretación, que su aplicación práctica podrá verse complicada.

- La ampliación del ámbito temporal que se establece en el art. 1.3 desconoce que los delitos pueden haberse cometido sin que se hayan agotado los fines pretendidos por el sujeto (que serían los del proceso independentista).
- Carece de toda razón lógica que en el apartado b) del artículo 2, los delitos de torturas o de tratos inhumanos o degradantes se hayan de determinar por la aplicación directa Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, que fue incorporado a nuestro Código Penal, siendo éste el que ha de servir para delimitar tales delitos, conforme al régimen de vigencia de los Tratados internacionales.

De igual modo, imponer a los jueces españoles que, para aplicar la ley en lo referente a la exclusión de los delitos de terrorismo, deban aplicar directamente la Directiva, es desconocer la propia naturaleza de estas peculiares normas comunitarias, que no tienen, como regla general, eficacia directa. Su eficacia es respecto de los Estados que las deben incorporar a su normativa interna y la Directiva de referencia fue ya incorporada a nuestro Código Penal. Los jueces españoles no pueden dejar de aplicar nuestro Código Penal, que traspuso la Directiva, y aplicar directamente la Directiva, porque carece de eficacia directa<sup>31</sup>.

Con todo, el listado no acaba ahí:

- El art. 1.1 a) LOA dispone que se entenderán comprendidos por la amnistía aquellos actos vinculados directa o indirectamente al denominado proceso independentista catalán (o a sus líderes en el marco de ese proceso), cuando se hayan realizado por quienes, de forma manifiesta o constatada, hubieran prestado asistencia, colaboración, asesoramiento de cualquier tipo, representación, protección o seguridad a los responsables de las conductas a las que se refiere el primer párrafo de esta letra, o hubieran recabado información a estos efectos.

La exigencia de vínculo directo o indirecto no debe ser en sí objeto de reproche<sup>32</sup>. Pero, el legislador debe ser consciente de que está abriendo la puerta a que la amnistía se aplique a supuestos

que pueden alejarse de la finalidad última perseguida con esta Ley.

Para ilustrarnos, PÉREZ DEL VALLE<sup>33</sup> pone el siguiente ejemplo: el marido [yo estoy pensando en un asesor del President] que causa lesiones a su esposa —o a su hijo o hija menor de catorce años— cuando ésta se opone a que acuda a alguno de las manifestaciones en favor de la independencia de Cataluña, quedaría exento de pena porque las lesiones del art. 148.3ª y 4ª CP están incluidas en la amnistía, y la finalidad del autor sería el respaldo indirecto al proceso de independencia de Cataluña.

- La exigencia de que, en el delito de torturas o en el de tratos inhumanos o degradantes (para que queden excluidos de la amnistía), los tratos no superen un umbral mínimo de gravedad presenta un problema: la propia aplicación de la amnistía requiere, de acuerdo con las normas que establece el art. 11, un sobreseimiento libre en todos los casos en que no se ha dictado sentencia. Salvo que se entienda que primero deberá indagarse sobre tal circunstancia y, según la conclusión a la que se llegue, entonces, decretar el sobreseimiento o no<sup>34</sup>.
- En cuanto a la reclamación de responsabilidad civil por los particulares (que no queda excluida por la amnistía en ningún caso), cabe poner de manifiesto la dificultad práctica que puede darse para su satisfacción en el proceso civil (art. 8.2 LOA) cuando los hechos no hayan sido todavía enjuiciados (ni vayan a serlo por los efectos de la amnistía). Aun cuando está claro —conforme a la lógica de la amnistía— que no tendría sentido mantener un proceso penal vivo sólo para dilucidar tal extremo (pues carecería de objeto). Así pues, lo que quiero decir es que no estaríamos ante un simple caso de reserva de la acción ante la jurisdicción civil (art. 109.2 CP), sino de reclamar una responsabilidad civil que no sería ya (en sentido estricto) *ex delicto*, y sí la del art. 1902 CC. No tendríamos unos hechos probados (en sede penal) que sirvieran de punto de partida, de forma que habría que dilucidar en sede civil si esos actos amnistiados son generadores o no

31 Insiste en ello QUINTERO OLIVARES, G.: "La «ejemplar» amnistía y la degradación del Derecho", en *El Confidencial*, 10 de marzo de 2024.

32 En el sistema de RPPJ se habla de comisión del delito en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. O en la incitación a la comisión de delitos se distingue entre directa e indirecta. Por citar sólo algunos ejemplos.

33 PÉREZ DEL VALLE, C.: "¿Amnistía...", *op. cit.*

34 Esta situación se presenta igualmente con la exclusión de los delitos de terrorismo, que exigiría analizar si han causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos. Y en los de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional, donde se debe comprobar si han 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.

de indemnización al particular (conforme a las reglas y los medios que permite el proceso civil).

Por el contrario, no creo que constituya un defecto técnico que en el art. 2 a) LOA se excluya *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*. Esto es, las tentativas de homicidio, de aborto o lesiones al feto o de las lesiones agravadas por el resultado específico del art. 149 CP quedan incluidas en la amnistía, pero, no cuando sí ha tenido lugar el delito consumado. Y, de igual modo, se excluye las lesiones del art. 149 CP, pero no las del art. 147 o las agravadas del art. 148 CP. Lo anterior, a juicio de algunos autores, como PÉREZ DEL VALLE, resulta incoherente porque “el homicidio o la tentativa de homicidio constituyen la infracción de una misma norma, y lo mismo puede decirse de las lesiones del art. 147 y del art. 148 CP en relación con las lesiones del art. 149 CP”<sup>35</sup>. En cambio, considero que se trata de un criterio político-criminal cuestionable, pero nada más. Es la decisión que ha adoptado el legislador y jurídicamente creo que no puede atacarse.

### III.2. Aspectos procesales

El art. 4 e) señala que: “*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 condena a causa de la entrada en vigor de la presente ley*”.

Como destaca el CGPJ en su informe, parece lógico que el beneficiado no pueda ampliar su beneficio con una medida que excede el propio delito afectado por el beneficio. Sin embargo, en la forma en que se ha regulado esa finalidad resulta confusa la aplicación del precepto.

Por su parte, el art. 58.1 CP se refiere a esta institución en los siguientes términos: “*El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa*”.

El CGPJ advierte que la referencia que se establece en el precepto a «otros procedimientos penales» carece de todo fundamento, tanto para la prisión preventiva como para la prisión en cumplimiento de condena porque el tiempo de prisión preventiva, extinguido el procedimiento, no será posible su abono, sin perjuicio de lo que después se dirá. Y con relación al tiempo de cumplimiento de una pena de prisión, total o parcialmente, nunca podrá ser abonada en otra causa, dado que en tales supuestos lo que procede es la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia previstas en el art. 294 de la LOPJ, responsabilidad que ya estaría excluida, como veremos, en el art. 7 de la ley proyectada.

Ahora bien, se subraya que el precepto limita el abono de la prisión a los actos amnistiados, es decir, no ofrece problema de interpretación cuando exista un solo acto y estuviera el mismo completamente afectado por la amnistía. A sensu contrario, si será objeto de abono la prisión cuando existieran en la misma causa delitos conexos y alguno de ellos quedara fuera de la amnistía, así como en el supuesto, a que ya se ha hecho referencia, en que un mismo acto pudiera, constituyendo un mismo delito, estar incluido en la amnistía solo de manera parcial.

El art. 4 c) establece que “*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*”. Es cierto que la medida, al igual que la prevista en la letra a) de este mismo artículo, carece de una gran trascendencia práctica puesto que buena parte de los beneficiarios de la amnistía ya fueron condenados (e indultados). Pero, si estimamos oportuno destacar que, normalmente, ante la suspensión se mantienen las medidas acordadas previamente. Ahora bien, no puede negarse que, sin esta previsión, la Ley no tendría los efectos que se pretenden con la amnistía.

Los apartados 1 al 4 del artículo 11 se contradicen de manera frontal con lo dispuesto en el artículo 9.3, ya que, por un lado, se prevé que tanto el auto de sobreseimiento libre como la sentencia absolutoria implican la ausencia de responsabilidad penal del sujeto sometido a un proceso penal, cuando sean consecuencia de aplicar la amnistía; pero por otro, se exige que esa ausencia sólo cabe declararla cuando el acto sea amnistiado y éste sólo lo es por resolución firme.

En cuanto al art. 11.3, éste prevé que “*De aplicarse durante la fase de juicio oral el órgano judicial que estuviera conociendo del enjuiciamiento dictará auto de sobreseimiento libre o, en su caso, sentencia absoluto-*

ria (...)”. Aquí habría que matizar que una vez abierto el juicio oral sólo podría dictarse sentencia absolutoria, no auto de sobreseimiento libre, salvo que se tratara como artículo de previo pronunciamiento que es a lo que se refiere la letra a) de este precepto (en línea con lo dispuesto en el art. 675 LECrim).

Con todo, uno de los aspectos que más nos llama la atención es el regulado en el art. 11.3 c): “*Cuando las partes o el Ministerio Fiscal no interesaran la aplicación de la amnistía, el órgano judicial deberá hacerlo de oficio, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, si concurrieran los presupuestos para ello, dictando a tal efecto auto de sobreseimiento libre o, en su caso, sentencia absolutoria*”. Esta solución (que el juez proceda de oficio) no casa bien con los principios del proceso penal, particularmente con el principio acusatorio.

Además, como se apunta en el Informe del CGPJ: la obligatoriedad de la aplicación de oficio no parece permitir que los potenciales beneficiados renuncien a la amnistía, lo que incide directamente sobre el derecho a la presunción de inocencia.

En otro orden de cosas, la Ley de amnistía contempla (crea) una causa de revisión de sentencia firme que no está prevista en la LECrim: “*De aplicarse durante la fase de ejecución de las penas, los órganos judiciales a los que correspondió el enjuiciamiento en primera instancia revisarán las sentencias firmes en aplicación de la presente ley, incluso en el supuesto de que la pena impuesta estuviera suspendida o la persona condenada se hallara en libertad condicional*” (art. 11.5). Aunque, dentro de la lógica de la amnistía, así deba ser.

Por último, la Ley no contiene ningún pronunciamiento sobre si la amnistía alcanza al decomiso. De forma que debe entenderse que no. Además, la reciente Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril, sobre recuperación y decomiso de activos, señala en su considerando 30 que: “*Es importante recordar que organismos internacionales han señalado el potencial del decomiso en ausencia de una condena para abordar los obstáculos para el decomiso de beneficios ilícitos como consecuencia de la inmunidad o la amnistía*”. Aunque, sorprendentemente, luego en el articulado no se haga una mención expresa a ello.

#### IV. LA DECISIÓN POLÍTICA A EXAMEN

El análisis sobre la constitucionalidad de la amnistía es determinante para su aceptación o rechazo. Dicho de otro modo, tanto si concluimos que la amnistía (en general) como esta Ley (en particular) no es constitucional no cabe pronunciarse sobre ninguna otra cuestión. El debate muere aquí. Pero, proclamada esta cualidad, o pudiendo asumir que así fuera, y al margen de la calidad técnica de la ley que aquí se somete a valoración, la parte que más oposición nos genera esta Ley de amnistía es la relativa a la “decisión política” (en términos estrictos). Y, por tanto, esto es únicamente lo que a continuación voy a valorar.

En primer término, CARBONELL MATEU, en su artículo publicado en infoLibre, nos recordaba que la Constitución de 1978 nace de una amnistía. Así es, España no sería hoy una democracia consolidada si en aquel momento no se hubiera aprobado tan decisiva ley. Y este argumento se emplea para justificar que, si, entonces, a pesar de la difícil coyuntura sociopolítica, se alcanzó tal comunión, no se entendería que en la actualidad no pudiera aprobarse (en términos políticos) dicha ley. Sin embargo, entendemos que, precisamente, donde cobró el máximo sentido aprobar una ley de amnistía (la de 1977) fue bajo aquel contexto histórico: la ocasión lo merecía, nos jugábamos transitar hacia un régimen democrático o perpetrar uno autoritario. Naturalmente que las amnistías no sólo se producen para propiciar cambios de sistemas políticos, sino que acontecen también en tiempos democráticos<sup>36</sup>. Pero, a mi juicio, en estos casos, las amnistías tienen menos sentido (no digo que lo pierdan), por lo que deben estar especialmente justificadas y obedecer a verdaderas razones de peso. Se me preguntará si es que acaso no considero suficientemente relevante el “conflicto político” catalán y el reto que supone para el Estado. Ya contesté antes que no (que para mí no había tal conflicto). O más bien, que era artificial. Y que la clase política independentista llevaba, a mi juicio, jugando con los sentimientos de muchos catalanes desde tiempos de Pujol (sino antes). Claro que considero que la situación creada en Cataluña es de primera magnitud y que el desafío independentista constituye una seria amenaza a la pervivencia de la unidad de España, pero, eso es una cosa y otro muy distinta entender que la única vía posible para dar “solución” o reconducir tal situación sea a través de la amnistía; y, más concretamente, de

<sup>36</sup> No obstante, GIL GIL pone de relieve que el TEDH sólo admite tales amnistías en casos muy excepcionales en los que exigir la responsabilidad penal va a suponer un obstáculo para alcanzar la paz y la consolidación del Estado de derecho. Se trata de los casos clásicos de transición en los que el cese de la violencia y la reconciliación nacional pasan por la renuncia a la persecución penal. Advirtiendo esta autora que, además, el TEDH ha sido muy estricto a la hora de evaluar la existencia de este conflicto sólo resoluble mediante la amnistía. Asimismo, en este ámbito la amnistía tiene que ir acompañada de otros mecanismos destinados al reconocimiento de los hechos y la reparación del daño causado. Vid., GIL GIL, A.: “Una amnistía sin fundamento jurídico”, en ABC, 22 de septiembre de 2023.

esta amnistía. El Estado Constitucional de hoy cuenta (no como en aquellos tiempos) de los instrumentos necesarios para superar dichas “crisis” y, como también expresé más arriba, éstos se encuentran recogidos en la propia Carta Magna.

En segundo término, se nos reprochará estar en contra de una amnistía que perdona delitos menos graves que los previstos en la Ley de 1977. Efectivamente, no es comparable la magnitud de unos y otros hechos amnistiados. Pero, también es cierto que “El Procés” supuso un claro ataque a la unidad del Estado, a su soberanía, a sus instituciones, etc. De forma que, considero que sólo por esto no se les debería haber confeccionado una amnistía “a medida”. Y, sí. Posiblemente tampoco en 1977 se deberían haber amnistiado ciertos atentados contra la vida u otros de especial gravedad. Aunque, insisto, creo que las circunstancias de entonces y las de ahora no son equiparables.

En tercer término, hay que decir claramente que detrás de la aprobación de esta Ley de amnistía no existe ningún criterio político-criminal serio que permita justificarla (por ejemplo, en términos de necesidad de pena)<sup>37</sup>. Y digo esto porque resulta evidente que argumentos como “promover la conciliación”, “facilitar la convivencia”, “lograr la cohesión de la sociedad catalana” o “el interés general” (aspiraciones todas ellas muy loables), no estaban en la mente de quienes —como el propio Presidente del Gobierno (entre otros muchos ministros, dirigentes socialistas, etc.)— hasta un día antes de las elecciones generales del 23 de julio de 2023 afirmaban con rotundidad aquello de “no habrá amnistía, no la habrá”. O, incluso, recordarán ustedes que algunos de ellos se posicionaron abiertamente en contra de su constitucionalidad<sup>38</sup>. Pero, el poder es el poder, y quien no quiera verlo... Y está claro que aquí el fin (llegar a la Moncloa y permanecer en ella) justifica cualquier medio que se emplee para conseguirlo. No pongo en duda su legitimidad (que no puede negarse), pues, son los resultados que salieron de las urnas. Pero, si su conveniencia para el país. Es por ello que

considero que el Estado —aquí habría que hablar del Presidente de la Nación— no debió dejarse chantajear ni venderse por 7 diputados (los del partido de Puigdemont). Por ello, más que una Ley de amnistía creo que ésta es (como la califica SILVA SÁNCHEZ): una “ley de inmunidad”<sup>39</sup>.

Todo ello, sin olvidar el amplio rechazo que esta medida ha generado en la sociedad española (incluida una parte de Cataluña). Esto es, se ha pretendido “sofocar” las aspiraciones independentistas a costa de avivar una gran crispación entre la ciudadanía: no sé si a eso se le puede llamar “mejorar la convivencia” o “la cohesión”. Por no mencionar la oposición que ha suscitado esta Ley en algunas asociaciones de jueces, fiscales, colegios de abogados, y... también, aunque tímidamente (por aquello de la exposición pública) entre algunos profesores de Derecho (entre los que nos encontramos).

En cuarto término, lo que más me repugna de esta amnistía es cómo se ha gestado. O, mejor expresado, “auto-amnistía”. Y es que los propios beneficiarios han negociado (¡y cómo han negociado!) todos y cada uno de los extremos que finalmente se recogen en la Ley<sup>40</sup>. Me resulta grosero, la verdad. En este sentido, desconozco —debido a mi juventud— qué sucedió con la amnistía de 1977. No estaba allí para saber si quienes participaron en algunos de los crímenes más atroces cometidos durante la dictadura luego se sentaron con quienes redactaron el texto final, pero, en cualquier caso, la sola idea ya resulta insultante. Por tanto, queda claro que ésta es una Ley de Amnistía hecha a medida (*ad personam*). Lo que, a mi juicio, y el de la Comisión de Venecia, resulta poco aconsejable. A este respecto, PÉREZ DEL VALLE ha manifestado que “sin ley general no puede haber una amnistía justa, y sin justicia no puede haber amnistía constitucional”<sup>41</sup>.

Por último, lo más lamentable de todo es que en realidad esta amnistía no va a servir para nada. Ojalá fuera así. Es un parche. Pues, el objetivo final de los líderes independentistas es otro: primero, un referéndum (otro) entiendo que pactado con el Estado; y segundo, la in-

37 Apunta a este respecto GONZÁLEZ CUSSAC que el restablecimiento de la convivencia y del respeto institucional, “comporta si no un arrepentimiento completo (reconocimiento del error y compromiso futuro de no reiteración), si al menos el arrepentimiento parcial (compromiso futuro de no reiteración). De aquí su conexión con la idea constitucional de necesidad de pena”. Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La amnistía...”, *op. cit.*, pp. 2260-2261. Y no parece que esto último se dé ni se vaya a dar en el presente caso (habida cuenta de las propias manifestaciones realizadas por los políticos independentistas).

38 Por el contrario, debo destacar la coherencia mantenida por CARBONELL MATEU en este asunto, quien, en octubre de 2019, en su artículo “Y ahora, qué?” (también publicado en infoLibre) dejaba entrever tras la sentencia del “Procés” que la amnistía era la única solución viable para superar la cuestión originaria.

39 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Sinrazones...”, *op. cit.*

40 En sentido puro puede que no se trata de una auténtica autoamnistía por cuanto ésta no ha salido adelante sólo con los votos de los diputados independentistas del Congreso. Pero, si no lo es, se le parece mucho. Pues, queda claro que en su gestación participaron quienes son potenciales beneficiarios. Si considera que estamos ante una clara autoamnistía RUIZ ROBLEDO, para quien “la Unión Europea debería de frenar igual que hizo en 2019 cuando el Gobierno rumano empezó a tramitar una amnistía para excarcelar a varios políticos corruptos de su propio partido”. Vid. RUIZ ROBLEDO, A.: “Europa prohíbe las Autoamnistías”, en *El Español*, 25 de abril de 2024.

41 PÉREZ DEL VALLE, C.: “¿Amnistía...”, *op. cit.*

dependencia<sup>42</sup>. Y no pararán hasta conseguirlo mientras tengan el necesario respaldo electoral. Lo llevan avisando hace tiempo —no me estoy inventando nada—, la amnistía es otro paso más hacia la instauración de la República Catalana (como previamente lo fueron los indultos, o la reforma de la sedición). Además, ya no es que no se arrepientan de lo sucedido hasta el momento (cosa que creo no se les puede ni debe exigir), sino que están convencidos de que lo volverían a hacer<sup>43</sup>. Al hilo de esta cuestión, y tras la celebración de las elecciones catalanas de 2024, se destacó los efectos que había tenido la —entonces aun en tramitación— ley de amnistía sobre el voto independentista. Sin embargo, tengo que hacer dos consideraciones: 1) que no creo que se pueda atribuir esa cualidad a una Ley que es fruto (una exigencia) de un pacto de gobernabilidad del país, no de una convicción o iniciativa propia; y, 2) que creo que es mucho confiar a la Ley de amnistía tales virtudes, pues, considero que el desplome del voto independentista en Cataluña se debe a otros múltiples y variados factores que aquí huelga comentar y de los cuales sólo dejaré señalados dos: la pésima gestión de los recursos públicos por parte de los Gobiernos independentistas (sanidad, educación, servicios sociales, etc.); y, que, tras muchos años de promesas, la independencia todavía no se ha logrado.

En cualquier caso, será entretenido ver qué sucede si, a la hora de aplicar esta Ley, los Tribunales no conceden la amnistía a alguno de los que pensaba que así sería —casi automáticamente—. Y, si, dependiendo de quién se trate, ello hará tambalear nuevamente el Gobierno de la Nación.

Llegados a este punto, no puedo pasar por alto un asunto que creo debe ser tratado al hilo de la decisión política de la que trae causa esta amnistía. Y es que, el Informe del CGPJ destaca que lo que se ha venido a llamar “omnipotencia legisladora” del Parlamento no puede ser aceptada, precisamente porque la Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, y eso sería solo uno de los motivos por los que la jurisdicción ordinaria podría plantear la cuestión de constitucionalidad de la ley. A juicio del CGPJ, esta prohibición implica como arbitrariedad toda actuación cuyo fundamento último no descansa en el ordenamiento jurídico, ni pretende satisfacer el interés general, sino cuyo motor causal se funda en el “interés” del decisor, o en la consecución de un interés personal o grupal. Este parece ser el leitmotiv de la actual proposición de ley. De forma tal que, el legisla-

dor no puede declarar a un grupo de personas inmunes frente al Derecho y borrar para ellas retroactivamente la existencia de unos delitos sustituyendo así al Poder Judicial y lesionando gravemente la seguridad jurídica. Para que todo ello fuera constitucionalmente admisible tendría que estar expresamente previsto en la Constitución.

Por el contrario, considero oportuno hacer dos consideraciones:

1. creo que no se puede hablar de una actuación arbitraria cuando existen dudas (todas ellas razonables) acerca de si la iniciativa es o no constitucional. Dicho de otro modo, dado el silencio que la Constitución guarda y, a falta de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no puede concluirse tajantemente que el legislador (en este caso el Congreso) tuviere la certeza más absoluta de que la Ley que estaban aprobando era contraria al ordenamiento jurídico. Sucede algo similar con el delito de prevaricación: no podemos aseverar que la resolución dictada es arbitraria cuando se presta a duda sobre si se ajusta o no a la ley.
2. A pesar de que soy el primero que considera que, sólo por el trasfondo político, esta Ley de amnistía nunca debió haberse aprobado; tengo que decir que, si llevamos al extremo la interpretación que hace el CGPJ del principio de interdicción previsto en el art. 9.3 CE, entonces, la actividad parlamentaria quedaría prácticamente paralizada. No quiero con ello decir que este principio deba ser pisoteado descaradamente. Digo que no creo que se pueda afirmar tan ligeramente que, porque la decisión política no sea compartida, ello implique algo tan grave como actuar arbitrariamente. Hay que comprender que la gobernabilidad de un país (nos guste más o menos con quien se lleve a cabo) jamás puede tacharse de ilegítima. Y, naturalmente, la aplicación de un determinado programa y de unas políticas públicas concretas para la satisfacción de lo que el ejecutivo y/o legislador considera beneficia al interés general, puede hacerse depender de las más variopintas concesiones políticas. En este sentido, no estando clara la (in)constitucionalidad de la norma, sólo queda esperar a que el TC o el TJUE se pronuncie sobre el acomodo de esta Ley a la CE o al ordenamiento jurídico europeo. Pero no vincularla a una

42 Y, mientras, parecen haber conseguido una “financiación singular”.

43 No le falta razón a SILVA SÁNCHEZ cuando afirma que “nadie es tan iluso como para pensar que la promulgación de una ley con el mencionado contenido dará lugar a un arrebato de lealtad constitucional en los dirigentes de los partidos separatistas. El conflicto interno que padece la sociedad catalana —y que atizan de modo constante, única y exclusivamente, estos partidos— seguirá por tiempo indefinido, con o sin ley de amnistía”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Sinrazones...”, *op. cit.*

flagrante infracción de la interdicción consagrada en el art. 9.3 CE.

Por último, debo poner de relieve una circunstancia que ha pasado un tanto desapercibida (o eso creo yo) y que, sin embargo, a mi juicio, desmonta cualquier bondad que pudiera atribuirse a la LOA. La Ley sólo amnistía los delitos cometidos por el sector independentista: ¿entonces qué Ley de amnistía o concordia es esta? Bajo nuestro punto de vista, a los actos constitutivos de delito o infracción ejecutados en el marco de las consultas o en el contexto del proceso independentista, lo fueran tanto a favor como en contra de dicho marco o contexto, les debería ser igualmente aplicables la amnistía. Interpretación que, a juicio del CGPJ, sería necesaria a la vista del principio de igualdad, de justicia y de proscripción de la arbitrariedad. Sin embargo, yo, sin decir tanto, sí creo que puede ¡y debe! criticarse desde una perspectiva política. Me parece un auténtico despropósito.

Quisiera concluir citando las palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ quien, a pesar de creer en la constitucionalidad de la ley de amnistía, sostiene —como yo hago— que “es muy indeseable por sus severos e inquestionables costes frente a sus dudosos beneficios. La concordia o es consenso o es Constitución. Y no parece que la amnistía vaya a abonar ninguna de ellas”<sup>44</sup>.

## V. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ESCOGIDO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LEY

En este apartado voy a reparar en un aspecto meramente formal: el cauce elegido para la aprobación de esta Ley. Y, para ello, me voy a valer de algunas de las consideraciones que se contienen en el Informe del CGPJ, las cuales comparto plenamente.

La primera cuestión que pone de relieve el CGPJ es que “(...) una ley de tan indudable trascendencia, de tan notoria repercusión social, doctrinal y política, se canaliza por una vía de la iniciativa legislativa que no es la más garante para la pureza del trámite parlamentario, menos aun si se tiene en cuenta la improcedente, al menos objetivamente considerada por la importancia de la materia, premura que a esa tramitación se ha dado. Y no puede silenciarse que se actúe con tal premura procedimental (proposición y urgencia) cuando se trata de una ley orgánica que la propia CE ha querido revestir de especiales garantías que se ven orilladas y debilitadas con la tramitación seguida”. Con esto no quiero decir, como también advierte el CGPJ, que dicha vía (la de la Proposición de Ley) sea ilegítima (ni mucho menos), pero no se puede negar que de esta forma lo que se ha querido evitar es acudir a la iniciativa mediante el ante-

proyecto de ley (con lo que ello supone, como veremos a continuación).

El CGPJ alude a tres aspectos que paso a enumerar:

- 1) En la fase previa a su presentación, es cierto que tanto los proyectos como las proposiciones han de remitirse a las Cámaras acompañadas de las respectivas exposiciones de motivos y de los antecedentes necesarios, de conformidad con lo establecido en los arts. 109 y 124 del Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante, RCD). Sin embargo, así como en la proposición estos antecedentes se dejan a los medios de que dispongan los grupos parlamentarios que presenten la proposición, en el caso de los anteproyectos, nuestro ordenamiento impone una serie de garantías que tiene por objeto una más exquisita depuración de la norma proyectada. Y así los artículos 127 y, en especial, en el 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; imponen al Gobierno la necesidad —no es discrecional— de justificar de manera expresa que la ley proyectada se adecúa a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, interés general, finalidad, adecuación a los fines pretendidos y eficiencia. La exigencia de que en las iniciativas legislativas del Gobierno se hagan constar el cumplimiento de esos principios no es meramente nominal, sino que nuestro Legislador ha establecido un mecanismo para que minuciosamente se justifique el cumplimiento de esos principios en las Memorias de Análisis de Impacto Normativo (MAIN).
- 2) Al omitirse el trámite del proyecto de ley y acoger el de proposición se excluye el trascendental trámite que se impone en el art. 26 de la Ley del Gobierno. Conforme al mencionado precepto *«La elaboración de los anteproyectos de ley... se ajustará al siguiente procedimiento: ... Se sustanciará una consulta pública, a través del portal web del departamento competente, con carácter previo a la elaboración del texto, en la que se recabará opinión de los sujetos potencialmente afectados por la futura norma y de las organizaciones más representativas acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias... La consulta pública deberá realizarse de tal forma que todos los potenciales destinatarios de la norma tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberá pro-*

44 LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Mal negocio esta amnistía”, en *El Mundo*, 27 de mayo de 2024.

*porcionarse un tiempo suficiente, que en ningún caso será inferior a quince días naturales...»* Del mencionado precepto cabe concluir que es un requisito esencial de los proyectos de ley la consulta pública y no parece necesario que nos detengamos en la relevancia de dicho trámite máxime teniendo en cuenta que, por la materia regulada en la ley proyectada, esa consulta pública era más que aconsejable.

- 3) La tramitación parlamentaria difiere en cuanto a los proyectos sobre las proposiciones, siendo más garantistas aquellos cuya tramitación comporta (arts. 109 a 123 RCD) la presentación de enmiendas, el debate a la totalidad, la deliberación en comisión y ulteriormente en el Pleno; en tanto que las proposiciones se simplifican los trámites (arts. 124 a 125 RCD).

Por último, como subraya el CGPJ en su Informe, resulta patente que los trámites exigidos para los proyectos de ley y para las proposiciones de ley difieren de manera sustancial, lo que en el supuesto que nos ocupa cobra mucha más relevancia atendida la excepcionalidad y la trascendencia de la ley a tramitar. En este sentido, la exigencia de justificación en los anteproyectos de ley de la adecuación a principios que garanticen el beneficio que de la ley se pretende alcanzar, la MAIN, la evacuación de informes preceptivos de órganos de la relevancia, entre otros, de este propio órgano constitucional, del Consejo de Estado y del Consejo Fiscal, la consulta pública a la que hemos referencia, contrasta y mucho con aquellos que resultan requeridos para una proposición de ley que se limita a una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas.

En definitiva, y haciendo nuestra la conclusión a la que llega el CGPJ, “estimamos, partiendo del reconocimiento de la autonomía parlamentaria de la que están dotadas las Cámaras, que habría sido más adecuado tramitar una ley que tiene por objeto normar por primera vez una amnistía desde la entrada en vigor de la CE, de cara a garantizar un análisis más sosegado, reflexivo, profundo y acertado de la misma, por la vía de proyecto de ley (...)”.

El segundo aspecto en el que se centra el Informe del CGPJ es que la Mesa del Congreso en su reunión de 19 de diciembre de 2023 acordó la tramitación de la PLOA por el procedimiento de urgencia, así como la celebración de sesiones extraordinarias de los órganos parlamentarios que sean necesarios para la tramitación y aprobación de la misma, revelándose una celeridad injustificada a la vista de la excepcionalidad y trascendencia social de la amnistía. De modo que lo procedente hubiera sido acudir no solo a un proyecto de ley como forma de iniciativa legislativa sino también al procedimiento ordinario.

Como destaca el CGPJ, el acudir a este procedimiento de urgencia no resulta baladí, pues como han declarado las SSTC 136/2011, de 13 de septiembre (FJ. 10 e) y 44/2015, de 5 de marzo (FJ 2), tal reducción del tiempo de tramitación puede llegar a tener relevancia constitucional cuando su alcance sea de tal magnitud que “haya alterado, no de cualquier manera, sino de forma sustancial, el proceso de formación de la voluntad de una Cámara, habiendo afectado, en consecuencia, al ejercicio de la función representativa inherente al estatuto del parlamentario”, resultando patente, a juicio de este órgano constitucional, que el apresuramiento injustificado en la tramitación de la PLOA ha privado a los parlamentarios de la posibilidad de ejercer de manera sustancial las atribuciones inherentes a su cargo. No obstante, en mi caso, no considero que pueda realizarse una afirmación de este calibre con tal grado de rotundidad. No creo que ello fuera así. Lo que no quita para que defienda que, en mi opinión, no existían tales razones de urgencia.

De hecho, el Partido Popular (junto con el apoyo de VOX y UPN) reformó en noviembre de 2023 el art. 133 del Reglamento del Senado para que fuera la Mesa del Senado la que pudiera decidir sobre la aplicación o no del procedimiento de urgencia para la tramitación de las proposiciones de ley. En este caso, el Senado consideró que la PLOA debía seguir el procedimiento ordinario (de 2 meses) y no de urgencia (de 20 días) a pesar de que así había sido calificado por el Congreso. Este cambio llevó al PSOE a plantear un recurso ante el TC. A mi juicio, y sin tener un criterio formado en torno a esta cuestión, creo que la reforma del RS no va en contra de lo dispuesto, al menos, en el art. 90.3 CE que alude únicamente a los proyectos de ley. Si bien, si estimo que la modificación era innecesaria. En primer lugar, porque no iba a cambiar el resultado de la segunda votación en el Congreso (la amnistía iba a aprobarse sí o sí), esto es, con su dilatación tampoco se ganaba nada; y, en segundo lugar, porque considero que la declaración de urgencia efectuada por una Cámara no debe ser corregida por otra. Si acaso, lo que debe denunciarse es la vía de urgencia escogida por el Congreso, no enmendarla el Senado.

La propia Comisión de Venecia alude en su Informe a que el proyecto de ley de amnistía se ha presentado como una propuesta legislativa, que es un procedimiento con una consulta limitada al público, a las partes interesadas y a otras instituciones del Estado, y ha seguido un procedimiento de urgencia. Reconociendo que el proyecto de ley de amnistía ha intensificado una profunda y virulenta división en la clase política, las instituciones, el poder judicial, el mundo académico y la sociedad española. De hecho, la Comisión animaba a todas las autoridades y fuerzas políticas españolas «a tomarse el tiempo necesario para un diálogo significa-

tivo en un espíritu de cooperación leal entre las instituciones del Estado, así como entre la mayoría y la oposición, con el fin de lograr la reconciliación social y política, y a considerar la posibilidad de explorar procedimientos de justicia reparadora». Incluso, con relación a la premura mostrada por el prelegislador, se afirma en el mencionado informe que «los procedimientos legislativos acelerados no son apropiados para aprobar leyes de amnistía, dadas sus consecuencias de largo alcance y su naturaleza a menudo controvertida». No puedo estar más de acuerdo.

Ahora bien, discrepo del criterio mantenido por el CGPJ en su Informe cuando aprecia arbitrariedad en el ejercicio de la iniciativa legislativa en cuanto la PLOA fue presentada por el mismo Grupo que sustenta el Gobierno, con omisión de las garantías que comporta acudir al proyecto de ley y sin que ni en la EM ni en documento alguno se haya justificado ni motivado debidamente las razones por las que se han omitido las importantes garantías que comporta el trámite ordinario, en lugar del de urgencia y, sobre todo, el cumplimiento de los principios que comportan la elaboración de los proyectos, de donde cabe apreciar arbitrariedad *ab initio* de la PLOA, proscrita en el artículo 9.3 CE.

## VI. LA APLICACIÓN DE LA AMNISTÍA A DELITOS CONCRETOS

### VI.1. Malversación

La STS 459/2019, de 14 de octubre, condenó a varios de los líderes independentistas catalanes por delito de malversación (en su modalidad de administración desleal de patrimonio público)<sup>45</sup>. Tras la modificación de este delito por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, la conducta por la que fueron condenados quedó destipificada. Siendo a partir de ese momento tres las modalidades constitutivas de malversación<sup>46</sup>:

- la apropiación de fondos por el servidor público (art. 432 CP);
- el uso temporal de patrimonio público con reintegro posterior (art. 432 bis); y,
- destinar los bienes de patrimonio público a una aplicación o fin público diferente del previsto (art. 433 CP).

A pesar de esta modificación legislativa, y tras instar las defensas de los condenados la revisión de la sentencia, la Sala Segunda del TS<sup>47</sup> desestimó las pretensiones de los abogados de los condenados por entender que los hechos por los que fueron castigados seguían siendo delictivos, al entender que el desvío de fondos a la causa secesionista sí implicaba una apropiación en la que se apreciaba el ánimo de lucro que exigía el art. 432<sup>48</sup>. En tales resoluciones se insistía en que ánimo de lucro y enriquecimiento son cosas distintas; y, efectivamente, así creemos que es. En este sentido, podemos dar por válido que el desvío de fondos de sus partidas presupuestarias originales encajara en ese concepto de ánimo de lucro que mantiene la Sala Segunda. Pero, si se sostiene que es en esa definición en la que encaja no se puede afirmar acto seguido que ese mismo acto es subsumible en el concepto de enriquecimiento. O una cosa o la otra (pero no ambas, resulta contradictorio): o apropiarse con ánimo de lucro (sin que se experimente un incremento patrimonial), concepción que puede asumirse; o, entender que el desvío de fondos sí conllevó tal beneficio patrimonial (lo que a priori no parece muy compatible).

La cuestión es que la LO sólo permite amnistiar la *malversación “siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento”*. Y es aquí donde la Sala Segunda entiende en su Auto de 1 de julio de 2024 (ratificado por Auto de 10 de septiembre de 2024) que el desvío de fondos ya no encaja la apropiación con ánimo de lucro (como sostenía), sino en el enriquecimiento (cambiando así de parecer e incurriendo en el error básico de diferenciación que la propia Sala advertía).

Reproduzco a continuación dos pasajes del Auto en los que se aprecia esta determinación:

“(…) Consecuentemente, los actos de disposición del patrimonio de la Administración estuvieron radicalmente vinculados a un beneficio personal y tuvieron un marcado carácter patrimonial, habiendo permitido que los encausados obtuvieran determinados bienes y servicios sin disminución de su peculio o patrimonio”.

“(…) Por beneficio debe entenderse cualquier aprovechamiento, rendimiento o ventaja. Y en este caso debe considerarse que el provecho o la utilidad obtenida era radicalmente personal y propio de los autores del delito a los

45 Vid. el comentario realizado a la sentencia por DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de malversación: la administración desleal del patrimonio público”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, 2019, pp. 132-149.

46 Vid. ampliamente sobre la reforma MORALES HERNÁNDEZ, M.Á.: “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 25, 2023.

47 Autos del TS de 12 de enero y 13 de febrero de 2023.

48 No este el momento para criticar tal decisión judicial, pero, sí debo poner de manifiesto que, aun cuando estoy de acuerdo en que ese desvío de fondos a una causa declarada ilegal constituye un ejemplo de “ánimo de lucro”, desde el momento en que el legislador ha previsto una nueva modalidad que casa perfectamente con esa descripción típica, la solución debiera haber sido aplicar el nuevo art. 433 CP que tenía (tiene) menor penalidad que, naturalmente, el art. 432 CP.

que se atribuye. Fueron ellos, no terceros encausados en otros procedimientos penales, quienes impulsaban la realización de un referéndum que pudiera conducir a proclamar la independencia que pretendían. Y fueron ellos quienes, además, endosaron sus gastos a la Administración Autonómica, sin que la iniciativa respondiera a la satisfacción de ningún interés público. Y lo hicieron aprovechando sus responsabilidades en la Generalitat de Catalunya, no para proporcionar enriquecimiento a otras personas, sino para no tener que atender ellos al coste inherente a sus iniciativas personales, una vez que el Tribunal Constitucional había declarado nulas las previsiones presupuestarias sobre el referéndum”.

El problema para mí radica en que esa descripción fáctica que se relata en este Auto no casa bien (al contrario, la contradice) con los hechos probados en la sentencia de “El Procés” que dio lugar a la condena por malversación. En ella no quedó acreditado en ningún momento que los condenados se enriquecieran. Y, en consecuencia, el delito debía haberse amnistiado<sup>49</sup>. La Sala Segunda equipara el ahorro que supuso para los líderes independentistas el no sufragar con su propio dinero las consultas, etc. al concepto de enriquecimiento. Puedo llegar a asumir (resulta en cierto modo plausible) que el concepto de enriquecimiento no suponga única y exclusivamente un aumento patrimonial del beneficiado (porque que el patrimonio personal no disminuya es, en parte, una forma de enriquecerse). Pero, la cuestión es, a mi juicio, que para poder aceptar esto entonces debiera haberse acreditado que si los líderes independentistas hubieran tenido que pagar de su bolsillo todo aquello entonces no lo hubieran llevado a cabo. Y esto resulta imposible de saber (aunque tengamos sospechas de que seguramente no se hubiere materializado).

Para dejar atado y bien atado la aplicación de la amnistía a la malversación la propia LO en su art. 1.4 establece expresamente que: “*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*”. Con todo, en mi opinión, esta terminología no dista demasiado (o nada) de la empleada con el enriquecimiento de modo que tampoco vendría a esclarecer de forma contundente

ninguna de las dudas que allí nos asaltaban. Esto es, no creo que tal disposición venga a reforzar el principio de legalidad, ni que el TS no lo respete, pues, la cuestión interpretativa se sigue prestando a disparidad.

En cualquier caso, lo que para mí resulta evidente es que la Sala Segunda ha sido rehén de sus propios dictados; y, desdecirse ahora con este encaje de los hechos en el concepto de enriquecimiento cuando no lo hizo en la sentencia de 2019 supone enmendar abiertamente aquella decisión judicial (y los propios autos de inicios de 2023).

El otro alegato que contiene el citado Auto es que la malversación tampoco resultaría amnistiable porque atentaría contra los intereses financieros de la Unión Europea, que es la otra condición que la LO exige. Se pone de manifiesto que la amnistía no supondría una afectación de los gastos de la UE sino de los ingresos: afirmándose que la independencia de Cataluña hubiere supuesto una reducción de la contribución de España a las arcas comunitarias. Sin embargo, creo que este argumento resulta difícilmente asumible porque hubiere podido atentar contra tales intereses si la Independencia se hubiere llevado a cabo (siendo un juicio hipotético). Sin embargo, amnistiar ahora estos hechos no generaría tal disminución de los ingresos de las arcas comunitarias, pues, la comunidad autónoma de Cataluña sigue formando parte de España. Y no atentaría en el presente (que es lo que exige la LO) a dichos intereses financieros de la UE.

### VI.2. Terrorismo

A principios de septiembre de 2024, en un Auto, la Audiencia Nacional planteaba cuestión prejudicial ante el TJUE ante las dudas que le asediaba la amnistía de ciertos delitos de terrorismo, concretamente los atribuidos a varios miembros de los Comités de Defensa de la República (CDR)<sup>50</sup>.

A continuación, desgranaré 4 de los razonamientos sobre los que, a mi juicio, pivota el debate jurídico contenido en dicha cuestión prejudicial. Partiendo de la base que la LO de amnistía condiciona la exclusión de los delitos de terrorismo a la concurrencia de un requisito adicional no previsto en la Directiva 2017/541: que hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos.

49 De opinión similar, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “¿Por qué el Tribunal Supremo no aplica la Ley de Amnistía al delito de malversación?”, *Almacén de Derecho*, 26 de agosto de 2024. Disponible en: <https://almacenderecho.org/por-que-el-tribunal-supremo-no-aplica-la-ley-de-amnistia-al-delito-de-malversacion> [Consulta: 23 de septiembre de 2024].

Y NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “Enriquecimiento personal o beneficio patrimonial: el nudo gordiano del TS y la Ley de Amnistía”, *Hay Derecho*, 3 de julio de 2024. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2024/07/03/ley-de-amnistia-enriquecimiento/> [Consulta: 23 de septiembre de 2024].

50 <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/La-Audiencia-Nacional-plantea-cuestion-prejudicial-al-TJUE-por-la-Ley-de-Amnistia-en-la-causa-de-terrorismo-de-los-CDR-por-ser-contraria-al-Derecho-comunitario-y-garantizar-la-impunidad> [Consulta: 24 de septiembre de 2024].

## A) ¿Hay terrorismo “bueno” y terrorismo “malo”?

En el auto se recoge una crítica a la distinción empleada por la LO de amnistía según la cual los delitos de terrorismo podrían clasificarse según conllevaran graves violaciones de derechos humanos o no:

“Surge por tanto la duda a esta Sala de si el legislador español puede añadir requisitos adicionales (en este caso, que se hayan causado graves violaciones de derechos humanos de forma intencionada) para exigir responsabilidad penal por participación en organización terrorista cuando la Directiva europea expresamente dispone que para que dicho delito sea punible no será necesario que se cometa efectivamente un delito de terrorismo”.

Y, en consecuencia, se advierte de que esta causa de exclusión supone que haya dos tipos de terrorismo, uno que vulnera gravemente derechos humanos (no amnistiable) y otros en los que tal vulneración de derechos humanos no se produce (sí amnistiables).

Esto, a juicio de la AN, supone una derogación tácita de una parte esencial de la Directiva comunitaria que no emplea tales términos. Y, añadido yo, igualmente de los delitos de terrorismo previstos en el CP español.

En primer lugar, el legislador español (a través de esta LO) estaría llevando a cabo una reforma del CP indeterminada (y por la puerta de atrás) porque no explica qué delitos constituirían esas graves violaciones de derechos humanos y cuáles no. Más allá de lo discutible (y, sobre todo, desafortunado) que sería reformar el CP (estos delitos) mediante una LO de amnistía, lo que el legislador penal tendría que haber hecho es confeccionar ese listado de delitos e incluirlo en dicho texto.

Con todo, estoy absolutamente de acuerdo con FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ cuando sostiene que “aquellas conductas que son descritas en los textos legales como constitutivas de delitos de terrorismo han de ser consideradas, todas ellas, distintos mecanismos de violaciones graves de derechos humanos”<sup>51</sup>. De forma que la postura mantenida en la LO de amnistía “es contradictoria con la sostenida por España hasta el momento en materia de terrorismo y con la regulación nacional e internacional de los delitos de terrorismo”<sup>52</sup>.

## B) Una distinción difícilmente aplicable por los Tribunales

Para la AN: “No se señala de manera clara y sin que haya lugar a dudas, cual es el límite en el que ha de establecerse la gravedad de la violación del derecho a la vida, o a la integridad física, para que pueda ser considerado como susceptible de ser amnistiado o no

susceptible de serlo, indefinición que pudiera afectar de manera frontal al principio de seguridad jurídica”.

Efectivamente, no es función de los jueces crear Derecho. Esta función corresponde (principalmente) al legislativo. Por ello no puede confiarse a los jueces que vengan a suplir con su exégesis la falta de taxatividad de la ley. Pues no sólo se trata de que con su interpretación pudieran complementar lo que dispone la ley, ya que esta no aporta absolutamente ningún criterio para distinguir cuándo estaríamos ante una “grave violación de derechos humanos”.

## C) El trasfondo ideológico de la causa independentista

Señala el Auto que “Existen dudas sobre si el motivo ideológico de [lograr la independencia de Cataluña] como justificación de la amnistía podría suponer un tratamiento discriminatorio, contrario al Derecho de la UE, frente a quienes, en ese mismo marco temporal, llevaron a cabo actos similares por otras ideologías, viéndose afectado con ello no sólo el principio de igualdad, sino el derecho de los ciudadanos europeos a la libertad ideológica”.

Piénsese, por ejemplo, en que un delito de terrorismo cometido bajo tal contexto sería amnistiable, a diferencia de otros cometidos por razones religiosas o políticas de otro orden distinto al secesionista. Aquí, a mi juicio, más que atentar contra el principio de igualdad (cosa que me parece evidente), habría que analizar si la excepción o singularidad queda suficientemente justificada (sobre lo que ya he dicho tengo muchas dudas).

## D) Los delitos de terrorismo no resultan amnistiables

El Tribunal opina que la Directiva 2017/541 impone a los Estados miembros no sólo la obligación de tipificar las conductas descritas en la norma europea como delictivas, sino la obligación de garantizar que existan sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias para quienes realicen estas conductas.

En este aspecto no puedo compartir el criterio empleado por la AN, ya que la conminación que se dirige a los Estados en la Directiva (para que incorporen a sus ordenamientos determinadas figuras delictivas e impongan las correspondientes sanciones) no puede traducirse automáticamente en una prohibición de amnistiar tales actos. Estimo que para que ello fuera así la Directiva tendría que haberlo anunciado expresamente.

Ahora bien, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ apunta a una serie de razones que compartimos plenamente y que apuntan a una conclusión: el terrorismo no es amnistiable.

51 FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “¿Terrorismo amnistiable?”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 41, 2024, p. 24.

52 *Ibid.*, p. 25.

Advierte el citado autor que “Tal y como señala la Comisión de Venecia en su informe a la Proposición de ley, la posición actual respecto de las amnistías es que las mismas no pueden acordarse (y, en consecuencia, no serán reconocidas por la Comunidad Internacional) respecto de conductas que resulten constitutivas de crímenes internacionales graves y de aquellas que comporten graves violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, en lo que a estas últimas respecta, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que una amnistía resulta inadmisibles por ser incompatible con la obligación internacional de los Estados de perseguir (investigar) y penar tales delitos, así como de asegurar que no se reiterarán en el futuro, salvo que existan circunstancias excepcionales que permitan afirmar que la amnistía se produce en un proceso de reconciliación o conjuntamente con mecanismos de reparación de las víctimas”<sup>53</sup>. Señalándose que el hecho de considerar a todos los delitos de terrorismo como graves violaciones de derechos humanos “habría de implicar que la amnistía de los mismos no sería reconocida internacionalmente, por suponer una vulneración de las obligaciones de investigación y castigo de tales conductas que España ha asumido a nivel internacional, salvo que se considere que tal medida forma parte de un proceso de reconciliación o conjuntamente con mecanismos de reparación”<sup>54</sup>. Y, a mi juicio, que parece coincidir con el del citado autor, ni lo uno ni lo otro se dan.

### VII. A MODO DE REFLEXIÓN: LOS CONTORNOS DE LA AMNISTÍA

Naturalmente, a la Ley de amnistía le queda mucho recorrido. Veremos qué opina el TC y el TJUE al respecto<sup>55</sup>. Pero, con independencia del resultado final, el mal ya está hecho. Dicho de otro modo, estamos ante un punto de inflexión. O, más bien de no retorno. Pues,

la huella que ha dejado la aprobación de esta Ley de amnistía no creo que pueda tenerse como ejemplo de nada (a nivel jurídico).

Además, creo que el espectáculo suscitado en torno a la conformación de esta Ley ha sido bochornoso (reuniones en Ginebra, relator, etc.). Pero, el poder es el poder. Y si se tienen dudas acerca de si conviene permanecer en él o no... bastan cinco días de reflexión para darse cuenta de que merece la pena. ¡Y tanto que merece la pena!

Para finalizar esta contribución simplemente quisiera dejar anotadas unas ideas que, aunque de forma indirecta, están relacionadas con el asunto aquí tratado.

En mi opinión, los hechos acaecidos en Cataluña (amnistiados por esta Ley) tenían un mal encaje con el delito de sedición. El delito de sedición no era un delito contra la Constitución<sup>56</sup>. Y que ahora se haya reconvertido en lo que siempre debiera haber sido (unos desórdenes agravados) no resta razón (creo) a una idea que siempre he tenido bastante clara: no podemos mantener en la actualidad un delito de rebelión que sólo se comete si concurre violencia, alzamiento, etc. porque está claro (como sucedió en Cataluña) que para proclamar la independencia de una parte del Estado no es necesario (en los tiempos que corren) recurrir a tales medios<sup>57</sup>. Pero, sí, hubo a mi juicio rebelión: las leyes de “desconexión” son el claro ejemplo. Pero hoy seguiría siendo una rebelión atípica. Esto creo que debe ser reformado urgentemente. Y, de igual modo, como he tenido ocasión de defender en otros trabajos, debería recuperarse el delito de convocatoria y/o celebración ilegal de referendums<sup>58</sup>.

Al igual que también me sorprende bastante esa especial insistencia que observamos en la Ley de amnistía respecto de la separación entre aquellos actos que hubieran supuesto un enriquecimiento personal (que no quedarán amnistiados) de aquellos que no (que sí lo

53 FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “¿Terrorismo amnistiable?, *op. cit.*, p. 43.

54 *Ibid.*, pp. 44-45.

55 Por cierto, cualquier iniciativa legal promovida con el objetivo de suprimir el efecto suspensivo que tendría una cuestión o recurso de inconstitucionalidad (ante el TC) o cuestión prejudicial (ante el TJUE) debe ser rechazado de plano. En esta línea, QUINTERO OLIVARES, G.: “¿Que el Derecho no frene la amnistía?”, en *El Mundo*, 19 de marzo de 2024.

56 Vid. el análisis que lleva respecto de la derogación del delito FARALDO CABANA, P.: “¿Fue la derogación de la sedición una amnistía encubierta? Sobre el derecho de gracia, la desaparición de la sedición y los condenados del procés”, en García Mosquera, M.; Rodríguez Vázquez, V.; Díaz y García Conlledo, M. y Luzón Peña, D.M. (Dirs.): *Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70º aniversario*, Vol. 1, Tomo 1, 2024, pp. 69-81.

57 Entre otras propuestas, JAVATO MARTÍN entiende que “tendría sentido la tipificación de una modalidad agravada de desobediencia a las resoluciones del Tribunal Constitucional u otros tribunales que castigara a la autoridad y funcionario público que desobedeciendo las mismas quebrantara la legalidad vigente y pusiera peligro el orden constitucional y la integridad territorial del Estado”. La pena a imponer, según la propuesta de este autor, sería de inhabilitación y de prisión, estableciendo para esta última un límite máximo de cinco años. Cfr. JAVATO MARTÍN, A.: “Sobre la reforma del delito de sedición”, *Diario La Ley*, núm. 10179, 2022. Por su parte, QUINTERO OLIVARES aboga por la necesidad de una robusta protección del orden constitucional, que pasaría por la creación de delitos de deslealtad constitucional. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: “De la sedición al desorden público”, en *El Mundo*, 13 de noviembre de 2022.

58 Vid. detalladamente, LEÓN ALAPONT, J.: “La convocatoria y celebración de referendums y consultas ilegales: ¿delito?”, *Revista penal*, núm. 49, 2022, pp. 38-60.

estarán): ¡como si sólo los primeros fueran calificados de corrupción! Parece que la lucha contra esta lacra, en ocasiones, puede apartarse a un lado. El precio a pagar... está claro.

Aunque debo insistir: esto es lo que permite una amnistía. Y, con independencia de cuál sea el criterio jurídico que finalmente triunfe (ante el TC o el TJUE) lo que siempre defenderé es que esta amnistía (políticamente hablando) jamás debió aprobarse bajo las circunstancias en que se hizo. Me refiero a las graves acusaciones de *lawfare*<sup>59</sup> vertidas sobre quienes juzgaron la causa de *El Procés*. Así, esta amnistía parece dar la razón a quienes siempre defendieron —y defenderán— que todo fue una persecución judicial a una causa política legítima. Acusaciones que hemos vuelto a escuchar cuando algún juez o tribunal ha entendido (como se ha visto) que no debe aplicar la Ley en el caso concreto. Y, es que, quizás, lo de querellarse por prevaricación (que sería lo propio si se está firmemente convencido de ello) sea de valientes. Eso sí, la pelota a partir de ahora ya no está en el tejado del Gobierno. La pregunta que me hago, a continuación, es si eso será un alivio a la vista de que el chantaje parece no acabar aquí.

Por último, no concibo que una medida de esta naturaleza no sea fruto del máximo consenso político y social<sup>60</sup>. Está en juego el respeto a los principios inspiradores de la democracia, la protección de las instituciones y la propia credibilidad del Estado de derecho.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABEL SOUTO, M.: “Constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña”, *Revista General de Derecho Penal*, 2024, pp. 1-43 (en prensa).
- CARBONELL MATEU, J.C.: “Y ahora, qué?”, en *infoLibre*, 15 de octubre de 2019.
- CARBONELL MATEU, J.C.: “Y ahora, amnistía”, en *infoLibre*, 2 de octubre de 2023.
- DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de malversación: la administración desleal del patrimonio público”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, 2019, pp. 132-149.
- FARALDO CABANA, P.: “Dos cuestiones sobre la amnistía: admisibilidad y efectos”, en SANTANA VEGA, D.; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.; CARDENAL MONTRAVETA, S.; CARPIO BRIZ, D. y CASTELLVÍ MONSERRAT, C. (Dirs.): *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan Queralt Jiménez*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 179-189.
- FARALDO CABANA, P.: “¿Fue la derogación de la sedición una amnistía encubierta? Sobre el derecho de gracia, la desaparición de la sedición y los condenados del procés”, en GARCÍA MOSQUERA, M.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y LUZÓN PEÑA, D.M. (Dirs.): *Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70º aniversario*, Vol. 1, Tomo 1, 2024, pp. 69-81.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “¿Terrorismo amnistiable?”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 41, 2024, pp. 1-75.
- GIL GIL, A.: “Una amnistía sin fundamento jurídico”, en *ABC*, 22 de septiembre de 2023.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Indultos generales y amnistías”, en *ABC*, 24 de septiembre de 2023.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Una crítica a la Proposición de Ley Orgánica de amnistía”, en *El Español*, 8 de enero de 2024.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La proposición de ley orgánica de amnistía: Primer movimiento”, en *El Levante*, 16 de noviembre de 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “¿Por qué el Tribunal Supremo no aplica la Ley de Amnistía al delito de malversación?”, *Almacén de Derecho*, 26 de agosto de 2024. Disponible en: <https://almacenederecho.org/por-que-el-tribunal-supremo-no-aplica-la-ley-de-amnistia-al-delito-de-malversacion>
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La amnistía y los límites al *ius non puniendi*”, en SOLETO MUÑOZ, H.; LÓPEZ JIMÉNEZ, R.; ARNÁIZ SERRANO, A. y OUBIÑA, S. (Coords.): *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 2236-2261.
- JAVATO MARTÍN, A.: “Sobre la reforma del delito de sedición”, *Diario La Ley*, núm. 10179, 2022.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: “¿Amnistía? Sí, pero no”, en *El Mundo*, 27 de octubre de 2023.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Mal negocio esta amnistía”, en *El Mundo*, 27 de mayo de 2024.
- LEÓN ALAPONT, J.: “La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?”, *Revista penal*, núm. 49, 2022, pp. 38-60.

59 Comparto plenamente con SILVA SÁNCHEZ que “quien afirma que se está recurriendo al «lawfare» contra él o contra los suyos en realidad está expresando otra cosa: la permanente aversión totalitaria al Estado de derecho”. *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “El neolenguaje de la «judicialización de la política»”, en *ABC*, 28 de noviembre de 2023.

60 En este sentido, GIL GIL, A.: “Una amnistía...”, *op cit.*

- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Releyendo la Ley de Amnistía de 1977. Efectos jurídicos e interpretaciones erróneas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-20, 2023, pp. 1-50.
- MORALES HERNÁNDEZ, M.Á.: “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 25, 2023.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “Enriquecimiento personal o beneficio patrimonial: el nudo gordiano del TS y la Ley de Amnistía”, *Hay Derecho*, 3 de julio de 2024. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2024/07/03/ley-de-amnistia-enriquecimiento/>
- PÉREZ DEL VALLE, C.: “¿Amnistía como ley general?”, *Diario La Ley*, núm. 10415, 2023.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “De la sedición al desorden público”, en *El Mundo*, 13 de noviembre de 2022.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “¿Apoyo del Tribunal Constitucional a la ley de amnistía?”, en *El Mundo*, 10 de octubre de 2023.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “La «ejemplar» amnistía y la degradación del Derecho”, en *El Confidencial*, 10 de marzo de 2024.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “¿Que el Derecho no frene la amnistía!”, en *El Mundo*, 19 de marzo de 2024.
- RUIZ ROBLEDO, A.: “El fantasma de la amnistía se materializa en una Ley Inconstitucional”, en *El Español*, 14 de noviembre de 2023.
- RUIZ ROBLEDO, A.: “Europa prohíbe las Autoamnistías”, en *El Español*, 25 de abril de 2024.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Sinrazones para la amnistía”, en *ABC*, 4 de septiembre de 2023.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “El neolenguaje de la «judicialización de la política»”, en *ABC*, 28 de noviembre de 2023.